

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2024**

Nº de Recurso:

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Lan-Arloko Sala

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 29 de octubre de 2024. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D. Juan Carlos Iturri Garate, Presidente en funciones, D. Florentino Eguaras Mendiri y D^a Maite Alejandro Aranzamendi, Magistrados/as, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente **SENTENCIA** En el Recurso de Suplicación interpuesto por Mercedes contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de los de DONOSTIA- SAN SEBASTIAN de fecha 19/04/24 , dictada en proceso sobre Despido Disciplinario y entablado por Mercedes frente a XXX Y FOGASA.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a Maite Alejandro Aranzamendi, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- D^a Mercedes venía prestando sus servicios para la empresa "XXX", en el centro de trabajo que ésta tiene en el polideportivo del BARRIO000, de la localidad de Donostia, desde el 1 de Julio del 2.014, con la categoría profesional de limpiadora, realizando una jornada de trabajo parcial del 86,84% de la jornada de trabajo ordinaria, y con un salario mensual de 0000, incluidas las prorratas de las pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- El 14 de Octubre del 2.016 tuvo entrada en este Juzgado la demanda por la que los sindicatos ELA y LAB solicitaban que se declarara que el convenio de aplicación a todos los trabajadores de la empresa "sss", en la actualidad "XXX", tanto a los contratados con anterioridad al 1 de Enero del 2.014, como a los contratados con posterioridad al 1 de Enero del 2.014, es el convenio colectivo de instalaciones polideportivas de titularidad pública Gipuzkoa; a lo que se opone la representación de la empresa "sss", al considerar que el convenio colectivo de aplicación es el convenio colectivo de locales y espectáculos de Gipuzkoa, que es el convenio que aplica a todos los trabajadores de la empresa.

Este expediente fue resuelto mediante sentencia de 30 de Enero del 2.017, en la que se declaró que no es de aplicación a los trabajadores de la empresa "sss" el convenio colectivo de instalaciones polideportivas de titularidad pública de Gipuzkoa que perdió su vigencia el 31 de Diciembre del 2.013.

TERCERO.- La sentencia de este Juzgado de 30 de Enero del 2.017 fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la cual resolvió el expediente mediante sentencia de 20 de Junio del 2.017, en la que se desestimó el recurso interpuesto y se ratificó la sentencia de instancia.

Esta sentencia es firme, pues notificada a las partes no fue recurrida por ninguna de ellas.

CUARTO.- En el polideportivo del BARRIO000, de la localidad de Donostia, prestan sus servicios entre veinticinco y veintiséis trabajadores, y en época de verano con la realización de diversas actividades deportivas, este número se incrementa hasta cuarenta trabajadores.

QUINTO.- En las instalaciones del polideportivo del BARRIO000, junto al vestuario hay una dependencia en la que hay un frigorífico, en el que los trabajadores de la empresa "XXX" suelen dejar diversas botellas de agua, o comida que llevan para comer en los descansos que tengan.

Dentro de las botellas de agua que se dejan en el frigorífico, hay botellas que llevan los propios trabajadores para su uso personal y otras botellas que son de uso común, de manera que cualquier trabajador puede utilizarlas, bien para sí, bien para ofrecerla a alguno de los clientes del polideportivo que en un momento determinado precise agua.

SEXTO.- Para facilitar las comunicaciones entre los trabajadores del polideportivo del BARRIO000, se ha creado un grupo de wasap, en el que están incluidos la mayoría de los trabajadores que prestan sus servicios en ese centro de trabajo, si bien hay algunos trabajadores que por voluntad propia no forman parte de ese grupo de wasap.

D. Mariano es uno de los trabajadores del centro de trabajo que la empresa "XXX" tiene en el polideportivo del BARRIO000, que no está incluido en ese grupo de wasap.

SEPTIMO.- D^a Mercedes suele dejar una botella de agua en el frigorífico que hay junto al vestuario del polideportivo del BARRIO000, y en varias ocasiones diversos trabajadores de ese centro de trabajo han utilizado la botella de agua que suele dejar D^a Mercedes consumiendo parte de su contenido, y en una ocasión D^a Mercedes encontró que su botella de agua estaba vacía y la habían tirado a una papelera en el vestuario de las mujeres.

OCTAVO.- El 3 de Noviembre del 2.023, uno de los trabajadores del polideportivo del BARRIO000, del que solo conocemos su apellido, Hipólito, acudió al frigorífico de las bebidas junto al vestuario y cogió una botella de agua que había llevado él, acabando con su contenido.

Posteriormente uno de los clientes del polideportivo le pidió agua, pues había realizado una actividad física muy exigente, spinning, y el Sr. Hipólito cogió una de las botellas que estaban en el frigorífico, que resultó ser la que había dejado D^a Mercedes, y se la ofreció al cliente que consumió parte de su contenido.

NOVENO.- El 3 de Noviembre del 2.023, D^a Mercedes remitió un mensaje de audio al director del polideportivo del BARRIO000, D. Eloy, en el que se quejaba de que en varias ocasiones le habían desaparecido botellas de su propiedad del frigorífico que hay junto al vestuario para uso de los trabajadores de ese centro de trabajo.

DECIMO.- D. Eloy, tras recibir el mensaje de voz de D^a Mercedes, puso un mensaje en el grupo de wasap en el que se encuentran la mayoría de los trabajadores del centro de trabajo del polideportivo del BARRIO000, en el que pedía a los trabajadores que estuvieran atentos y no cogieran botellas del frigorífico que no les pertenecieran.

DECIMOPRIMERO.- D^a Mercedes el mismo día 3 de Noviembre del 2.023 dejó en el frigorífico del polideportivo del BARRIO000 una botella de agua de medio litro, con su nombre puesto en letras rojas en el tapón de la botella, y además del agua echó dentro de la botella cierta cantidad de lejía.

El 3 de Noviembre del 2.023 fue viernes, y D^a Mercedes no trabaja los fines de semana.

DECIMOSEGUNDO.- El domingo 5 de Noviembre del 2.023, uno de los trabajadores del polideportivo del BARRIO000, D. Mariano, acudió al frigorífico donde se dejan las botellas de agua y cogió una de esas botellas, que resultó ser la de D^a Mercedes, le dio un trago y al tomar el segundo se dio cuenta de que lo que había en la botella no era solo agua, y escupió el contenido que tenía en la boca.

Tras ello acudió a la recepción y le dijo a la recepcionista, D^a Claudia, que había bebido algo de una botella que no era agua, D^a Claudia se dio cuenta de que en el tapón de la botella ponía Mercedes y se puso en contacto con D^a Mercedes, para preguntarle que contenía su botella, y le dijo que contenía lejía, y pregunto quien había sido el trabajador que había bebido de su botella, y al conocer que era D. Mariano dijo "que se joda".

DECIMOTERCERO.- D. Mariano también habló por teléfono con D^a Mercedes, la cual le dijo que había puesto lejía en la botella, y que era bueno que tomara leche.

D. Mariano al saber que había ingerido lejía acudió a los servicios de urgencia del Hospital Donostia, los cuales le hicieron diversas pruebas durante toda la noche y al día siguiente le hicieron una gastroscopía que no reveló que tuviera ninguna lesión en el estómago, y posteriormente le dieron el alta médica, tras la cual D. Mariano regresó a su domicilio.

D. Mariano no llegó a pasar a la situación de incapacidad temporal.

DECIMOCUARTO.- En la tarde del 5 de Noviembre del 2.023, D^a Claudia llamó al director del polideportivo del BARRIO000, D. Eloy, y le contó el incidente que se había producido como consecuencia de que D. Mariano hubiera cogido una botella de agua del frigorífico que utilizan para ese fin los trabajadores del polideportivo del BARRIO000.

Tras esta conversación, D. Eloy se puso en contacto telefónico con D^a Mercedes para conocer que había ocurrido, y ésta le manifestó que había puesto lejía en la botella de agua que había dejado identificada con su nombre en el frigorífico junto al vestuario.

DECIMOQUINTO.- El lunes 6 de Noviembre del 2.023, D. Eloy tuvo una reunión con D^a Mercedes para tener más detalles del suceso del día anterior, y en esta ocasión D^a Mercedes además de admitir que había puesto lejía en la botella que había dejado en el frigorífico junto al vestuario, mostró su preocupación por las consecuencias que pudieran derivarse de ese hecho.

Una vez finalizada esta reunión, D. Eloy puso los hechos en conocimiento de la Dirección de la empresa "XXX".

DECIMOSEXTO.- El 10 de Noviembre del 2.023, la Dirección de la empresa "XXX" entregó una carta a D^a Mercedes en la que le comunicaba su despido con efectos desde ese mismo día, al considerar que los hechos ocurridos el 5 de Noviembre del 2.023 suponían un fraude y deslealtad en las gestiones encomendadas así como en el trato con los compañeros de trabajo, y una trasgresión de la buena fe contractual.

Una copia de esta carta está unida a las actuaciones, dándose aquí por reproducida.

DECIMOSEPTIMO.- En el centro de trabajo que la empresa "XXX" tiene en el polideportivo del BARRIO000, de la localidad de Donostia, nunca se han realizado elecciones sindicales, ni existe tampoco representación sindical.

DECIMOCTAVO.- En el periodo comprendido entre el 1 de Diciembre del 2.022 y el 30 de Octubre del 2.023, la empresa "XXX" abonó a D^a Mercedes en concepto de salario las siguientes cantidades, ..uros en el mes de Diciembre del 2.022, ... euros en el mes de Enero del 2.023, ... euros en el mes de Febrero del 2.023, ... euros en el mes de Marzo del 2.023, ... euros en el mes de Abril del 2.023,euros en el mes de Mayo del 2.023, ... euros en el mes de Junio del 2.023, ... euros en el mes de Julio del 2.023, ... euros en el mes de Agosto del 2.023, ...euros en el mes de Septiembre del 2.023 y ... euros en el mes de Octubre del 2.023, en tota.... euros.

DECIMONOVENO.- D^a Mercedes no es, ni ha sido durante el año anterior a los hechos, representante de los trabajadores.

VIGESIMO.- Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Gipuzkoa del Gobierno Vasco el 21 de Diciembre del 2.023, no llegándose a ningún acuerdo entre las partes, terminando el acto sin avenencia.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

Que desestimo la demanda, declaro que el despido que la empresa "XXX" realizó en la persona de D^a Mercedes el 10 de Noviembre del 2.023 es procedente; debiendo las partes pasar por esta declaración.

Y absuelvo a la empresa "XXX" y al Fondo de Garantía Salarial, de los pedimentos de la demanda.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por XXX.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El juzgado de lo social número cuatro de Donostia San Sebastián ha dictado sentencia el 19 de abril de 2024 en su procedimiento por despido desestimando la demanda de la trabajadora actora en la que impugnada la decisión de despido disciplinario comunicada por su empleadora XXX con efectos del 10/11/2023 a través de una carta en la que se le sancionaba por una conducta cometida el 5 de noviembre de 2023, que se calificaba como fraude y deslealtad en las gestiones encomendadas así como en el trato con los compañeros de trabajo y transgresión de la buena fe contractual.

La sentencia ha declarado la procedencia del despido considerando que dicha sanción es proporcionada a la conducta cometida por la trabajadora, y desestimando otras cuestiones planteadas por ella. El supuesto de hecho que declara acreditado es, en resumen, el de la actora, que venía prestando servicios como limpiadora desde 2014 en un polideportivo para XXX, en el que los trabajadores disponen de un frigorífico, donde pueden dejar sus botellas de agua o comida, habiendo también otras botellas de agua de uso común para utilizarlas por ellos u ofrecerlas a los clientes. La actora solía dejar su botella de agua en el frigorífico y en varias ocasiones otros trabajadores la habían consumido, llegando una vez incluso a encontrarla tirada en la papelera. El 03/11/2023 la actora dejó una botella de agua de medio litro con su nombre y echó cierta cantidad de lejía. Al de dos días otro trabajador cogió esa botella, le dió un trago y al segundo trago se dió cuenta de que no era solo agua, escupiendo el contenido. La actora dijo "que se joda", reconociendo varias veces que le había puesto lejía. El compañero fue a Urgencias, le hicieron pruebas por la noche y una gastroscopia, que no reveló lesiones en el estómago y le dieron el alta médica.

Frente a dicha sentencia ha recurrido la parte actora en suplicación solicitando se estime el recurso y se declare nulo el despido con las consecuencias inherentes. Lo hace a través de un único motivo de censura jurídica.

El recurso ha sido impugnado por la empresa, que ha solicitado se confirme íntegramente la sentencia.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso, al amparo de lo establecido en el artículo 193 c LRJS, denuncia que la sentencia comete infracción del artículo 14 CE, artículos 18 y 20 en relación con el 54.1 ET, principio de proporcionalidad, y teoría gradualista, artículo 3.2 Código Civil y jurisprudencia emanada de las STC 177/1993 de 31 de mayo, 110/1993 de 25 de marzo, 117/1998 de 2 de junio y STS 25/01/2005 y 19/07/2010.

El motivo intenta defender que la imposición de la sanción más grave vulnera el principio de proporcionalidad y la teoría gradualista sosteniendo que en el relato fáctico no se indica que la pretensión de la actora fuera intoxicar a sus compañeros, negándolo ya que de ser así no habría identificado la botella con su nombre. Resalta también que la persona que consumió de la botella no sufrió lesión alguna ni causó baja médica y que actora nunca había sido sancionada previamente. En definitiva, sostiene que en la conducta de la actora no concurre la gravedad y culpabilidad suficiente entendiéndose excesiva la sanción impuesta.

Vamos a desestimar el motivo por cuanto que entendemos que la sentencia no aplica de forma incorrecta la doctrina gradualista cuando confirma la procedencia del despido en este caso. La conducta de la actora a valorar, consistente en haber echado en su botella de agua lejía, sustancia que es notorio puede causar graves daños a la salud, ha quedado plenamente acreditada. El juzgador concluye que fue una actuación consciente y voluntaria para dar un escarmiento al trabajador que bebiera de su botella porque su paciencia se había agotado, y así se deduce rotundamente de los hechos probados, que no han sido atacados. Entendemos que la actora sí ha cometido una falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual, siendo la buena fe el comportamiento debido que ha de presidir en todo momento el contrato de trabajo, y siendo su transgresión causa de despido disciplinario. Concurre en este caso el necesario elemento de la culpabilidad o elemento intencional, sin que esta falta precise la producción de un resultado dañoso, ya que se basa en la pérdida de la confianza y, en este caso, en el daño potencial. El hecho de que la actora no hubiera sido sancionada previamente, que no ocultara su identidad, o que el compañero no causara baja médica son circunstancias menores que, en este caso, no permiten valorar la conducta con menor severidad ya que lo definitivo es que la recurrente conscientemente puso en peligro cierto la salud de sus compañeros, y por una nimiedad.

La desestimación del motivo conlleva la del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

TERCERO.- En materia de costas es aplicable lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el letrado don Javier Garikano Chasco en representación de Doña Mercedes frente a la sentencia dictada por el juzgado de lo social número cuatro de Donostia-San Sebastián el 19 de abril de 2024 en su procedimiento por despido número 872/2023 seguido a instancias de la recurrente contra la empresa XXX, siendo parte FOGASA. Se confirma la sentencia. Sin imposición de costas Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.- Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado

por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.