



Sección: JPS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL
Plaza de San Agustín N°6
Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación
Nº Rollo: 0001537/2021
NIG: 3501644420190010905
Materia: Sanción a trabajador
Resolución: Sentencia 000416/2022

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento impugnación sanciones
(art.114 y ss LPL) Nº proc. origen: 0001072/2019-00
Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención:

Fiscal
Recurrente
Recurrente
FOGASA

Interviniente:

MINISTERIO FISCAL
GERARDO BOLAÑOS ROSARIO
KALISE MENORQUINA S.A.
FOGASA

Abogado:

ALEJANDRO BENIGNO PEREZ PEÑATE
JOSE MANUEL HERNANDEZ SUAREZ
ABOGACÍA DEL ESTADO DE FOGASA LAS PALMAS

En Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de abril de 2022.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, D^a. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D. ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001537/2021, interpuesto por D. GERARDO BOLAÑOS ROSARIO y por KALISE MENORQUINA, S.A. frente a Sentencia 000138/2021 del Juzgado de lo Social Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria en los Autos Nº 0001072/2019-00 en reclamación de Sanción a trabajador siendo Ponente la ILMA. SRA. D^a. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. GERARDO BOLAÑOS ROSARIO, en reclamación de Sanción a trabajador siendo demandados KALISE

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.



MENORQUINA S.A. y el FOGASA, con intervención del MINISTERIO FISCAL, y celebrado juicio y dictada Sentencia parcialmente estimatoria el 18 de febrero de 2021 por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El actor trabaja por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada por medio de un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, antigüedad a 13 de diciembre de 1990, con categoría profesional Oficial de 1ª, percibiendo por medio de transferencia bancaria (entre los días 1 y 5 del mes siguiente al de su devengo) un salario día medio bruto sin prorrateo de 59,74 EUROS, centro de trabajo sito en Las Palmas de Gran Canaria. (conforme)

SEGUNDO.- El demandante es miembro del Comité de Empresa Kalise, S.A. Con fecha 1 de agosto de 2019 tiene lugar huelga en el ámbito de la empresa cuya duración alcanzó hasta el 15 de septiembre de 2019. El actor participó de forma activa en ésta. (conforme)

TERCERO.- El 13 de agosto de 2019 la empleadora comunicó al actor de apertura de expediente disciplinario contradictorio. El 19 de agosto de 2019 la mercantil comunicó al trabajador demandante la decisión de instruir expediente disciplinario contradictorio. (conforme)

CUARTO.- El 16 de septiembre de 2019 la demandada comunicó al actor carta de sanción, expresada en los siguientes términos:

“Por medio de la presente esta empresa ha adoptado la decisión de proceder a sancionarle por la comisión de falta muy grave en el desarrollo de su actividad profesional, imponiéndole una sanción de empleo y sueldo de 60 días.

En fecha 13 de agosto de 2019 se le notificó la incoación de instruirle expediente disciplinario contradictorio por la presunta comisión de faltas muy graves en el desarrollo de su actividad profesional. Las causas por las cuales se procedió a la instrucción del expediente disciplinario están incursas, presuntamente, en el artículo 172 del Código Penal, en los artículos 6.4 y 6.6 del Real Decreto Ley 17/1977 y en el artículo 35 de la Constitución Española, en concepto de autor, toda vez que el derecho de la huelga no comprende la coacción, amenaza o ejercicio de actos de violencia para perseguir sus fines, ni la limitación de la capacidad de decisión de otros mediante la coacción psicológica o moral. Los trabajadores que ejerzan coacción o cometan agresiones verbales o físicas sobre los no huelguistas pueden ser sancionados disciplinariamente por la empresa. Los hechos que se

le imputaron se describieron en su día en el motivo único del pliego de cargos cuyo tenor literal se reproduce en este acto, formando parte íntegramente de la presente carta de sanción.

“ÚNICO.- El pasado día 8 de agosto, en el momento que el trabajador Alexis Santana Alzola se dirigía a la puerta de entrada de la empresa para iniciar su jornada laboral, alrededor de las doce horas, usted, conjuntamente con sus compañeros huelguistas, Isabel Ruíz Ronda, Elena Falcón Marrero, Agustina Santana Curbelo, Juan Medina Rodríguez, Javier del Pino Falcón y Mario Santana Déniz, se aproximaron al unísono a la puerta de entrada increpándolo e



insultándolo, llamándolo esquirolo y vendido, simplemente por ejercitar su derecho a trabajar consagrado en la Constitución Española. Se evidencia que usted y sus compañeros han acosado y coaccionado a su compañero Alexis Santana Alzola con la única finalidad de que no vaya a trabajar y se sume a la huelga.

En consecuencia, a tenor de los hechos anteriormente descritos de los cuales es usted responsable en concepto de autor y que conculcan las más elementales normas y derechos constitucionales que deberían ser respetados durante la vigencia de la huelga y que constituyen presuntamente, además de un delito de coacción penado y castigado pro el Código Penal, infracciones muy graves, se le incoa expediente disciplinario contradictorio, concediéndole un plazo de 5 días para que conteste al mismo si a su derecho le conviniera, significándole de que la instrucción de este expediente se le dará traslado al Comité de Empresa al objeto de que esté informado de los acontecimientos”.

En fecha 16 de agosto de 2019 presentó escrito de descargos limitándose a negar los hechos que se le imputaban proponiendo prueba testifical que no llegó a practicarse toda vez que los testigos propuestos por usted están expedientados por los mismos hechos que se le imputan por lo que sus testimonios carecerían de objetividad alguna. Con posterioridad al pliego de descargos se le notificó oportunamente que en el expediente contradictorio que se le estaba instruyendo se cometió un error involuntario por la empresa ya que se le imputaron unos hechos que decían que había ocurrido el 8 de agosto del presente año, cuando en realidad lo fueron el día 2 de agosto de 2019.

Escrito que no tuvo contestación por su parte.

En fecha 10 de septiembre de 2019 se le notificó que a tenor de lo preceptuado en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores se le concedía un plazo de cinco días por ser miembro del Comité de Empresa, procediendo, en su persona, a contestar a la audiencia concedida en su escrito de fecha 12 de septiembre del presente año, a las imputaciones que se le efectuaron en el expediente contradictorio instruido en su contra, cuando en realidad dichas alegaciones las debería haber formulado sus compañeros del Comité de Empresa. Al margen de dicha anomalía usted vuelve a negar los hechos que se le imputan tildándolos de inciertos, falsos e inventados.

En consecuencia, obrando en la empresa pruebas más que suficientes de los hechos que se le imputaron en el pliego de cargos se ha procedido a sancionarle por los preceptos que constan en el mismo, significándole que su acción entraña también una falta de consideración y respeto a su compañero Alexis Santana Alzola, tipificado en el artículo 56.1 del Convenio Colectivo de la empresa vigente en la actualidad, graduando su sanción en base a que su comportamiento como miembro del Comité de Empresa debe ser ejemplar. El fundamento de la sanción de suspensión de empleo y sueldo también está amparado por lo preceptuado en el artículo 54.2 del ET. La presente sanción la empezará a cumplir el próximo 17 de septiembre del presente año, debiendo incorporarse a su puesto de trabajo el día 17 de noviembre de 2019”. (conforme)

QUINTO.- El 8/8/19 cuando el trabajador D. ALEXIS SANTANA ALZOLA se dirigía a la puerta de entrada de la empresa para iniciar su jornada laboral, el actor conjuntamente con otros compañeros huelguistas, entre los que se encontraba D^a. Isabel Ruíz, se aproximó a la puerta de entrada donde estaba D. Alexis y se acercó a su cara. D. Alexis se puso nervioso porque



tardaban en abrirle la puerta y no sabía cuando iba a poder entrar en las dependencias de la empresa. El actor llamó a D. Alexis esquirolo y cómete o dame queques. (testifical y reproducción de imágenes)

SEXO.-El día anterior dicho trabajador, D. Alexis Santana, había enviado un mensaje de whatsapp a un grupo de trabajadores, entre los que había un sindicalista, en los que había una foto de un queque que ponía “quequito de la abuela para esquiroles”. (testifical)

SEPTIMO.-En la empresa se inició una huelga el 1/8/19.

OCTAVO.- A los siguientes trabajadores se les impuso las siguientes sanciones:

A D. JUAN ANASTASIO MEDINA RODRÍGUEZ, sanción de quince días de suspensión de empleo y sueldo;

A D^a ELENA FALCÓN MARRERO, sanción de suspensión de siete días;

A D. JAVIER DEL PINO FALCON, sanción de suspensión de siete días;

A D^a AGUSTINA SANTANA CURBELO sanción de suspensión de siete días;

A d. BENITO ALFREDO GONZALEZ GONZALEZ, suspension de 60 días;

A D. EDUARDO PAZOS CABRERA, suspensión de sesenta días.

A D. JUAN PEDRO VEGA SANCHEZ, se le sancionó con despido.

A D^a ISABEL RUIZ RONDA, se le sancionó con despido.

A D. JOSE SANTANA DENIZ se le sancionó con el despido.

Se da por reproducidos en su integridad los pliegos de cargos, al obrar en autos.

NOVENO.- Se agotó la vía previa sin efecto".

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

"Que **estimando parcialmente** la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por **GERARDO BOLAÑOS ROSARIO, frente a KALISE MENORQUINA S.A., FOGASA Y MINISTERIO FISCAL, sobre SANCIÓN**, revoco la sanción que se le impuso a la parte actora, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración, condenando a Fogasa a estar y pasar por tal declaración".

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia se interpuso Recurso de Suplicación por D. GERARDO BOLAÑOS ROSARIO y KALISE MENORQUINA, S.A. y, recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase a la Ponente, señalándose para deliberación, votación y fallo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Trabajador de Kalise Menorquina, S.A., miembro del Comité de Empresa, sancionado con suspensión de empleo y sueldo de 60 días por hechos acaecidos el 8 de agosto de 2019, en el curso de la huelga iniciada el 1 de agosto de 2019, cuando -reza en la comunicación al término del expediente-, en unión de otros seis huelguistas, "se aproximaron al unísono a la puerta de entrada de la empresa increpando e insultando a un compañero que se dirigía a ella para iniciar su jornada laboral, incurriendo en la falta muy grave tipificada en el artículo 56.1 del Convenio de empresa -falta de consideración y respeto a un compañero-.

En la impugnación de la sanción se encuentra el origen de autos.

En la demanda alega:

1. Falta de veracidad de los hechos imputados.
2. Comunicación genérica causante de indefensión.
3. Trato desigual respecto a trabajadores no integrantes del Comité de Empresa. Idénticos hechos se califican como falta grave, y se sancionan con suspensión de empleo y sueldo de 7 a 15 días (artículo 14 CE).
 - Vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE).
 - Vulneración del derecho a la libertad sindical (artículos 28.1 CE, 2 y 12 LOLS) y a la huelga (art. 28.2 CE).
 - Daños y perjuicios, reclamando ser indemnizado en cuantía de 25.000 euros.

La sentencia de instancia niega que la sanción lesione los derechos fundamentales invocados y la consecuente causación de daños indemnizables. Considerando que "*no se ha acreditado*" la realidad de la falta muy grave imputada, revoca la sanción, dejándola sin efecto.

Ambas partes se alzan en suplicación. Cada una de ellas impugna el recurso de la contraria.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.



SEGUNDO. El trabajador y representante unitario comienza su escrito interesando, al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS, y con apoyo en la documental que cita, la modificación del hecho probado octavo, a fin de que en su encabezamiento conste en referencia a las sanciones: "*todas ellas en relación con hechos acontecidos durante la huelga*". Y de que a continuación del nombre de cada sancionado se incluya su condición de "afiliados al sindicato USO" (2º, 3º, 4º y 8º), convocante de la huelga, y de "*miembros del Comité de Empresa*" (1º, 5º -Secretario-, 6º, 7º -Presidente- y 9º).

Los datos propuestos, siendo ciertos, son irrelevantes en orden a mutar el sentido del pronunciamiento. La razón se expondrá al examinar el motivo de censura.

Se desestima la solicitud revisoria.

TERCERO. Seguidamente, por el cauce previsto en el apartado c) del artículo 193 LRJS, se someten a examen los artículos 55.5 ET, 14, 20 y 28 CE, 2 y 12 LOLS, a fin de que la sanción sea declarada nula por vulneración de derechos fundamentales, y el artículo 1101 del Código Civil, en orden a obtener indemnización por daños morales causados por su lesión.

Argumenta que "teniendo en cuenta la laxitud del término "esquirol", proferido al compañero de trabajo, el contexto reivindicativo en que se profiere (el éxito de la huelga es proporcional al número de trabajadores que se adhieren a ella) y el ambiente de extraordinaria tensión y contraposición de intereses propio de tales eventos, determinan no solo que la acción del actor no infrinja ninguna clase de precepto legal o convencional de orden disciplinario, sino que la acción de sancionar esté revestida de un ánimo discriminatorio y represivo hacia el ejercicio del derecho a la huelga y hacia la libertad de expresión.

Si a todo lo anteriormente señalado se le suma que, por otros hechos relacionados directamente con la celebración de la huelga o las concentraciones convocadas durante la misma, han sido sancionados o despedidos otros miembros del Comité de Empresa y otros trabajadores participantes en ella afiliados al sindicato convocante, así como que la demandada ha procedido a demandar al Comité de Empresa y al sindicato USO por huelga ilegal (reclamando una indemnización de más de un millón y medio de euros), desestimada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, nos hallamos ante un diáfano panorama indiciario sobre el ánimo empresarial de reprender el hecho mismo de convocar una huelga".

El recurrente no argumenta la eventual afectación del derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 CE).

Tampoco sobre su eventual trato desigual o discriminatorio respecto de otra u otras personas por alguno de los motivos prohibidos por el artículo 14 CE o en la ley.



El recurso se centra en la garantía a no ser sancionado como consecuencia de la convocatoria de una huelga -judicialmente declarada legal- y del ejercicio de la libertad de expresión (artículo 20 CE) en el marco del legítimo ejercicio del derecho de huelga (artículo 20.2 CE).

CUARTO. En relación al derecho de huelga, y en lo que al caso interesa, procede recordar que son facultades de este derecho la convocatoria o llamada, el establecimiento de reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y la decisión de darla por terminada, la facultad de declararse en huelga y de elegir la modalidad de huelga dentro de los tipos que la ley haya admitido (SSTC 11/1981, de 8 de abril, y 120/1983, de 15 de diciembre).

A la facultad de publicidad o proyección exterior se refiere la STC 69/2016, de 14 de abril, expresando que abarca no solo la publicidad del hecho mismo de la huelga, sino también de sus circunstancias o de los obstáculos que se oponen a su desarrollo, a los efectos de exponer la propia postura, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición. Y que, en coherencia, el derecho de huelga implica el de requerir a otros la adhesión a la misma y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin, y de ahí -y con cita de la STC 137/1997, de 21 de julio- que la actividad del llamado piquete de huelguistas con sus funciones de información, propaganda, persuasión a los demás trabajadores para que se sumen a la huelga o disuasión a los que han optado por continuar el trabajo, integra, pues, el contenido del derecho reconocido en el artículo 28.2 CE".

No obstante, advierte de que el derecho de huelga incluye el derecho de difusión e información sobre la misma -"publicidad pacífica"- pero no puede tutelar al de coacción amenaza o ejercer actos de violencia para perseguir sus fines, siendo obligado respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga (art. 6.4 RD-L 17/1977).

Como se indica en ATC 570/1987, de 13 de mayo, la suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga no trae como consecuencia la suspensión de las obligaciones laborales del trabajador que no estén estrictamente conectadas con la prestación de trabajo, y si bien el ejercicio del derecho de huelga no puede dar lugar a sanción alguna, está permitido al empresario sancionar normalmente si la falta imputada no es la cesación del trabajo en que consiste la huelga ni ningún otro acto de ejercicio de las facultades que el derecho de huelga comprende.

QUINTO. De otro lado, y en relación con la libertad de expresión, cabe recordar que tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual



deben incluirse las creencias y juicios de valor. Que ninguna idea u opinión puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y por tanto, innecesarias a tales propósitos. Es decir, aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. La Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto.

A la hora de apreciar el carácter ofensivo, insultante o vejatorio de las palabras o términos empleados, se ha de prescindir del análisis separado de cada término o de su mera significación gramatical, para optar por su contextualización (STS de 28 de febrero de 2017, rec. 103/2016), lo relevante para determinar el carácter meramente ofensivo u oprobioso de una expresión es su vinculación o desvinculación con el juicio de valor que se emite o con la información transmitida (STC 219/2013).

El ejercicio de la libertad de expresión reviste matices específicos cuando se realiza en el ámbito de la acción sindical.

Las manifestaciones de los representantes legales de los trabajadores que en otro ámbito pudieran ser ilegítimos no tienen por qué serlo cuando su acción se concreta en el ejercicio de las facultades que específicamente se asignan a estos cuando actúan en defensa de los derechos de los trabajadores que representan. En tales casos, el logro de la efectividad de los derechos del trabajador en el interior de las organizaciones productivas conlleva necesariamente el reconocimiento de un mayor ámbito de libertad y protección en su actuación (STC 89/2018).

SSEXTO. En el concreto caso que nos ocupa:

- El demandante es trabajador de Kalise Menorquina, S.A. y miembro del Comité de Empresa en Las Palmas de Gran Canaria.

- El Comité de Empresa de Las Palmas está integrado por once miembros, y junto con el Comité de Empresa de Tenerife, cinco miembros, el delegado de personal de Fuerteventura y el sindicato Unión Sindical Obrera (USO), convocaron una huelga, que tuvo inicio el 1 de agosto de 2019, desconvocándose el 19 de septiembre de 2019, y que fue declarada legal por sentencia de 28 de abril de 2020, autos de conflicto colectivo nº 14/2019, seguidos en la Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife. Consta en la fundamentación de esta sentencia:

"... se alega por la empresa que en el transcurso de la huelga se conculcó el derecho constitucional a trabajar, acosando, coaccionando e intimidando a otros trabajadores, impidiéndose el trabajo de los trabajadores no huelguistas, con insultos al director



comercial...".

Y tras relacionar la doctrina en relación a las facultades comprendidas en el derecho de huelga, atendiendo a los hechos constatados, alcanza la conclusión de que *"La empresa indica que se han incoado doce expedientes disciplinarios, sin perjuicio de lo que en su caso pueda resolverse en el seno de los procedimientos judiciales entablados, en los que se analice y enjuicie de forma individualizada los hechos imputados a cada trabajador, sin embargo, en el presente procedimiento colectivo, no consta una estrategia colectiva adoptada y dirigida por la representación de los trabajadores, encaminada a coaccionar a otros trabajadores impidiéndose el trabajo de los no huelguistas o dirigida a boicotear a la empresa. Del resultado de la prueba que consta en las actuaciones, y sin perjuicio de incidentes concretos que pudieran haber acontecido, no se desprende una actuación colectiva y generalizada de violencia o intimidación organizada o dirigida por los órganos demandados que determine la calificación de la ilicitud de la huelga"*.

- Entre esos doce expedientes disciplinarios el abierto al demandante, culminado con sanción.

- Se le imputan los siguientes hechos:

"El pasado día 8 de agosto, en el momento que el trabajador Alexis Santana Alzola se dirigía a la puerta de entrada de la empresa para iniciar su jornada laboral, alrededor de las doce horas, usted, conjuntamente con sus compañeros huelguistas Isabel Ruiz Ronda, Elena Falcón Marrero, Agustina Santana Curbelo, Juan Medina Rodríguez, Javier del Pino Falcón y Mario Santana Déniz, se aproximaron al unísono a la puerta de entrada, increpándolo e insultándolo, llamándolo esquirolo y vendido, simplemente por ejercitar su derecho a trabajar".

Consta probado (hecho probado quinto) que:

"El 8/8/19, cuando el trabajador D. Alexis Santana Alzola se dirigía a la puerta de entrada de la empresa para iniciar su jornada laboral, el actor, conjuntamente con otros trabajadores huelguistas... se aproximaron a la puerta de entrada donde estaba D. Alexis y se acercó a su cara. D. Alexis se puso nervioso porque tardaban en abrirle la puerta y no sabía cuándo iba a poder entrar en las dependencias de la empresa. El actor llamó a D. Alexis esquirolo y cómete o dame queques".

Consta asimismo, hecho probado sexto, que:

"El día anterior dicho trabajador, D. Alexis Santana, había enviado un mensaje de WhatsApp a un grupo de trabajadores entre los que había un sindicalista en los que había una foto de un queque que ponía "quequito de la abuela para esquiroles"".



En el fundamento jurídico tercero se expresa:

"... quiere dejar claro esta juzgadora desde el primer momento que no se pone en duda la veracidad de las declaraciones del trabajador D. Alexis, y así se ha considerado probado todo lo que el trabajador relató y se examinó en las imágenes grabadas. Pero ocurre que, siendo plenamente entendible su situación de nerviosismo y desasosiego porque se le tardaba en dar acceso al centro de trabajo, la empresa no llevó a cabo una mínima labor investigadora de cierta entidad que hubiera permitido concretar la conducta que el trabajador imputaba al actor, esto es, que se le acercó a su cara y se sintió presionado y nervioso porque no podía entrar en el centro de trabajo. Lo que sí ha quedado acreditado..., que este le dijo a D. Alexis "esquirol" y "come queque o dame queque", esto último, en relación a un mensaje de WhatsApp que D. Alexis había enviado a un grupo el día anterior".

En suma, lo que la juzgadora expresa, y esta Sala comparte, es que el enjuiciamiento del caso no puede rebasar los límites impuestos por la carta de sanción, determinados por los hechos que en ella constan como imputados. Por tanto, de los hechos contenidos en la carta, lo que resulta probado es que el día 8 de agosto el demandante, junto a otros compañeros huelguistas, se aproximó a la puerta de entrada de la empresa, en la que se encontraba D. Alexis Santana con el propósito de acceder a su interior para trabajar y lo llamó "esquirol".

SÉPTIMO. La STS de 6 de octubre de 2021, rec. 4983/2018, con cita de la STC 123/1992, de 28 de septiembre, refiere que el Real Decreto-Ley 17/1977 *"repudia la figura del esquirol, expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario"*. No obstante, siguiendo la doctrina a la que hicimos referencia, el término ha de contextualizarse, situándolo en el marco conflictivo en el que tuvo lugar.

La huelga es un instrumento de presión respecto de la empresa, paralizando de modo total o parcial el proceso productivo, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas de oposición, cuya desigualdad real es notoria. Siendo la finalidad última de este arma que se pone en las manos de la clase trabajadora el mejoramiento de la defensa de sus intereses.

Así se define en STC 123/1992, de 28 de septiembre, y consideramos de importancia resaltarlo porque es el marco en el que acontece el hecho imputado y ayuda a comprender por qué el demandante, miembro del comité de empresa y convocante de la huelga, recurrió al término "esquirol" por el que se le sanciona.

Los hechos tienen lugar a las puertas de la empresa. Traspasar la línea define el lado en el que se está, acrecentando o minorando las fuerzas encontradas. Crear conciencia en el alcance



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.



de tal actuación resulta vital en ese clima de desencuentro, y el mensaje se transmite y cala recurriendo a un solo vocablo, "esquirol", de significación por todos conocida.

En "este contexto", cuando el demandante, dirigiéndose a quien se disponía a entrar en la empresa le llamó "esquirol", quedó disipada su connotación despectiva, al ceder ante lo que representaba manifestación del ejercicio de la libertad de expresión en el marco de la acción sindical y de los derechos de difusión e información de la huelga.

Concorre además una circunstancia que no puede ni debe pasar desapercibida, y de la que ilustra el hecho probado sexto. El trabajador al que se llamó "esquirol" justo un día antes, a través de whatsapp dirigido a un grupo, hacía mofa de la situación colgando una fotografía con el mensaje: "quequito de la abuela para esquirols", eliminando cualquier connotación negativa.

Cuando el destinatario de la expresión, públicamente se califica a sí mismo como "esquirol", deberían sobrar las consideraciones hasta ahora vertidas.

Finalmente, hemos de referirnos a la sentencia de 9 de abril de 2021, dictada en los autos 216/2021, seguidos en el Juzgado de lo Social nº 9 a instancia de delegado sindical de USO en Kalise Menorquina, S.A. en impugnación de sanción por falta grave, consistente en suspensión de empleo y sueldo de 15 días por su participación en los hechos del día 8 de agosto de 2019, confirmada por esta Sala en sentencia de 22 de diciembre de 2021 (rec. 1399/2021). Se le imputaba que, junto con otros trabajadores que secundaban la huelga, se dirigiera a D. Alexis Santana con la expresión "esquirol, mala gente", encontrándose a unos dos metros de distancia. En ella se dice:

"Si en el marco de una huelga se dirige el término "esquirol" contra un trabajador, proferido por quien desarrolla permanentemente una actividad sindical, tal expresión, pese a su carácter peyorativo o despectivo, se ha de entender amparada o cobijada bajo la libertad de expresión, modulada en el ámbito de un conflicto y de reproche frente a aquellos trabajadores a quienes se han de extender los beneficios que pudieran obtenerse del conflicto laboral, y cuya conducta (no secundando la huelga), igualmente lícita y protegida constitucionalmente, se estima insolidaria por sus compañeros huelguistas. La sanción impuesta es absolutamente desproporcionada, considerando que la única "ofensa" fue verbal, en los términos de "uso habitual" en conflictos laborales como el que nos ocupa, y sin que en ningún momento se impidiera físicamente el acceso al puesto de trabajo".

Consideraciones estas que compartimos, reforzando argumentalmente cuanto se ha expuesto.

OCTAVO. El recurrente también plantea que su sanción constituye represalia por su participación en la convocatoria de la huelga.



A modo de indicio alega: 1) Que la empresa interpuso conflicto colectivo impugnando la huelga y reclamando a los convocantes una indemnización por daños y perjuicios, que fue desestimada; y 2) Que por hechos relacionados directamente con la celebración de la huelga o las concentraciones convocadas durante la misma, han sido sancionados o despedidos otros miembros del Comité de Empresa y otros trabajadores participantes en ella, afiliados al sindicato convocante.

El hecho de que la huelga haya sido declarada judicialmente como lícita no puede erigirse en indicio de que el ejercicio de la potestad disciplinaria por hechos acaecidos en el curso de la misma constituyan actos o decisiones de represalia.

Si el trabajador incurre en falta laboral puede ser sancionado, nos reiteramos en cuanto ya se ha expuesto en torno a esta cuestión.

Respecto de las sanciones impuestas y el hecho de que sancionados lo hayan sido miembros del Comité de Empresa y trabajadores pertenecientes al sindicato USO convocante, atendidas las circunstancias concurrentes carece de significación.

Como resulta de la sentencia de 28 de abril de 2020 de Santa Cruz de Tenerife, resolutoria del conflicto colectivo en impugnación de la huelga, los convocantes fueron el Comité de Empresa de Las Palmas -integrado por once miembros-, el Comité de Empresa de Tenerife -integrado por cinco miembros- y el delegado de personal de Fuerteventura.

El hecho de que cuatro miembros del Comité de Empresa hayan sido sancionados carece del alcance indiciario que el recurrente le atribuye, siendo mayoría los que no lo han sido; y con ello, aplicando igual razón, decae la pretensión en relación con los afiliados.

NOVENO. Los despidos pluricausales son aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva (STC 41/2006).

Cuando se ventila un despido pluricausal o contrario a los derechos fundamentales, en el que confluyen una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado (STC 7/1993).



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.



Entendemos que este cuerpo de doctrina resulta extensible a las sanciones en general, al constituir el despido su máximo exponente.

La juzgadora no considera acreditada la realidad de la falta muy grave imputada por la empresa, pronunciamiento combatido por ésta articulando un motivo de censura, atribuyendo a la sentencia infracción del artículo 56.1 del Convenio de empresa (BOE de 4 de noviembre de 2016), precepto que tipifica como falta muy grave *"los malos tratos de palabra y obra o la falta grave de respeto y de consideración a los jefes o a sus familiares, y a los compañeros y subordinados"*, y en el que, alega, debió encuadrarse la conducta imputada. Llamar *"esquirol"* al compañero que pretendía acceder al centro y decirle *"come queque o dame queque"* -en referencia al mensaje por él enviado vía *WhatsApp* el día anterior- en un contexto de huelga, con la tensión y nerviosismo propios de tal ambiente y con el objetivo con el que se transmite este tipo de expresiones, que no puede ser otro que el de amedrentar y presionar, constituye - dice - una falta de respeto muy grave hacia el compañero.

Reiteramos que no podemos enjuiciar imputaciones que no incorpore la carta, en este caso la expresión *"come queque o dame queque"*. Y en relación al alcance del término *"esquirol"*, tanto en sentido gramatical como en el contexto en que se profiere, nos remitimos a cuanto se ha expuesto al examinar el derecho a la libertad de expresión.

Entiende la juzgadora en el fundamento jurídico tercero que *"las palabras del actor hacia el trabajador podrían ser consideradas en el peor de los casos como una falta de respeto susceptible de ser calificada como falta grave"* -*"las cometidas contra la disciplina del trabajo o contra el respeto a los superiores, compañeros o subordinados..."*-, pero seguidamente añade que *"tampoco tendría en cuenta la problemática surgida en la empresa por la huelga, la situación de conflicto, las conductas llevadas a cabo por los huelguistas en legítimo ejercicio de su derecho de huelga y las medidas de presión lícitas en el entorno de la huelga"*. En suma, viene a decir que a efectos disciplinarios una conducta no puede ser valorada fuera de su contexto, y que en atención a la singularidad propia del conflicto en el que se profiere la expresión *"esquirol"* no puede siquiera considerarse falta grave.



Se desestima el motivo y con ello el recurso interpuesto por la empresa. Y, a su vez, se concluye que no concurre causa que justifique de modo objetivo y razonable la sanción excluyendo que esta obedezca a la vulneración de derechos fundamentales.

DÉCIMO. El trabajador recurrente denunciaba -ya se dijo- infracción del artículo 55.5 ET por "*interpretación analógica*".

Dispone el precepto que "será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador".

No es preciso acudir por analogía a la norma sustantiva cuando la adjetiva, al regular el "*Proceso de impugnación de sanciones*", en su artículo 115 -"*Contenido de la sentencia*"- dispone en su p. 1, letra d), que la sanción se declarará "*nula... cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador...*".

La errónea cita del precepto no empece a la aplicación del que corresponde.

UNDÉCIMO. Por último, el recurrente denuncia infracción del artículo 1101 del Código Civil en relación con los artículos 8.5 y 8.12, y 40.1.c) LISOS al no atender su reclamación indemnizatoria por daños morales ocasionados por la vulneración de sus derechos fundamentales. Interesa por tal concepto 25.000 euros.

El artículo 8 LISOS se refiere a las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, dedicando su p. 5 a "*Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de reunión de los trabajadores, de sus representantes y de las secciones sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieran establecidas*".

Y en su p. 12 a "*Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables...*".

El artículo 40 regula la "*Cuantía de las sanciones*", fijando para las "*muy graves*" en su p. 1.c) "*Multa, en su grado mínimo de 7501 a 30.000 euros...*".

La indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 1101 del Código Civil encuentra tratamiento específico y más amplio cuando se vincula a la lesión de derechos fundamentales en el artículo 183 LRJS, que establece:



"1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costoso para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño".

La utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas en la LISOS ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006). Y la STS de 14 de octubre de 2020 (rec. 40/2019) precisa que "la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no supone una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida la gravedad de la vulneración del derecho fundamental (STS de 16 de enero de 2020, rec. 173/2018 y las citadas en ella)".

Guarda razón la impugnante cuando advierte de que con la cita del artículo 12.5 LISOS se introduce una cuestión nueva con ocasión del recurso.

De otro lado, no puede suscitar duda el encaje de la vulneración del derecho fundamental en el marco del apartado 12 del artículo 8 LISOS.

Como se dijo en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9, en la que se enjuician hechos prácticamente idénticos a los objeto de autos, no se aporta por el demandante circunstancia alguna que permita graduar la sanción y consecuentemente se considera prudente y razonable que en concepto indemnizatorio por daños morales infligidos se reconozca el mínimo de 7.501 euros.

Se estima en parte el recurso interpuesto por el trabajador.

DUODÉCIMO. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 204 LRJS, procede acordar la pérdida para la empresa Kalise Menorquina, S.A. del depósito constituido para recurrir.

Asimismo y según lo estipulado en el artículo 235 del referido cuerpo legal, cabe acordar la imposición a Kalise Menorquina, S.A. de las costas del recurso, que ascienden -incluyendo los honorarios de la representación técnica del trabajador- a ochocientos euros.



Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. GERARDO BOLAÑOS ROSARIO contra la sentencia de 18 de febrero de 2021, dictada en los autos nº 1072/2019 del Juzgado de lo Social nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, y desestimamos el recurso de igual clase interpuesto por KALISE MENORQUINA, S.A., y revocando la resolución recurrida estimamos en parte la demanda, declaramos nula la sanción impugnada, con reposición a D. GERARDO BOLAÑOS ROSARIO en empleo y sueldo -en caso de haber sido ejecutada-, y el derecho de D. GERARDO BOLAÑOS ROSARIO a ser indemnizado por los daños morales causados en cuantía de 7501 euros, y condenamos KALISE MENORQUINA, S.A. a estar y pasar por tales declaraciones, reponiendo, en su caso, al trabajador en empleo y sueldo, y al abono de 7501 euros en concepto indemnizatorio.

Se acuerda la pérdida para la empresa Kalise Mernorquina, S.A. del depósito constituido para recurrir.

Asimismo se acuerda imponer a Kalise Menorquina, S.A. las costas del recurso, que ascienden -incluyendo los honorarios de la representación técnica del trabajador- a ochocientos euros.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación para Unificación de doctrina**, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso,



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o 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.



el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1537/21 el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ - Ponente	22/04/2022 - 10:04:11
JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO - Deliberador	22/04/2022 - 10:16:47
ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO - Deliberador	25/04/2022 - 08:08:42
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos A05003250-351fc0877b71f84ea0a4a70f1a81650870609322	
El presente documento ha sido descargado el 25/04/2022 7:10:09	