



Roj: **STSJ AS 2854/2022 - ECLI:ES:TSJAS:2022:2854**

Id Cendoj: **33044340012022102051**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2022**

Nº de Recurso: **1821/2022**

Nº de Resolución: **2044/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CATALINA ORDOÑEZ DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 02044/2022

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

Correo electrónico:

NIG: 33024 44 4 2022 0000395

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001821 /2022

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000112 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña HIJOS DE LUIS RODRIGUEZ S.A.

ABOGADO/A: MARÍA EUGENIA MENÉNDEZ BLANCO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, FONDO DE GARANTIA SALARIAL , Bernabe

ABOGADO/A: , LETRADO DE FOGASA , CARLOS SUÁREZ PEINADO

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

Sentencia nº 2044/22

En OVIEDO, a dieciocho de octubre de dos mil veintidós.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias formada por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, Dª CATALINA ORDOÑEZ DIAZ y Dª MARIA DE LA ALMUDENA VEIGA VAZQUEZ, Magistrados de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001821/2022, formalizado por la Letrada Doña Eugenia Menéndez Blanco, en nombre y representación de la mercantil HIJOS DE LUIS RODRIGUEZ S.A., contra la sentencia número 186/2022 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de GIJON en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000112 /2022, seguidos a instancia de DON Bernabe frente a MINISTERIO FISCAL, HIJOS DE LUIS RODRIGUEZ S.A. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo Magistrado-Ponente **la Ilma. Sra. DOÑA CATALINA ORDOÑEZ DIAZ.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: DON Bernabe presentó demanda contra MINISTERIO FISCAL, HIJOS DE LUIS RODRIGUEZ S.A. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 186/2022, de fecha dos de junio de dos mil veintidós.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO.- El demandante viene prestando sus servicios por cuenta de la demandada como Dependiente - Carnicero-, en virtud de contrato de interinidad a tiempo completo desde el 10 de octubre de 2021, a tiempo completo, jornada de 40 horas semanales, con el objeto de sustituir al trabajador con reserva de puesto de trabajo don Enrique . Su salario mensual asciende a 1.260,55 euros (41,44 euros/día), viniendo percibiendo el mismo mediante transferencia bancaria. El actor no ostenta ni ha ostentado representación legal o sindical en la empresa. Rige la relación laboral el Convenio Colectivo del sector de minoristas de la alimentación del Principado de Asturias.

SEGUNDO.- Con anterioridad, el actor venía prestando servicios para la demandada desde el 10 de octubre de 2020, también como Dependiente, y vinculado mediante contrato eventual por circunstancias de la producción, a tiempo completo, jornada de 40 horas semanales, cuyo objeto era "atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en el aumento de llegada de mercancía al centro de trabajo, así como la reorganización y preparación de las secciones del mismo, como consecuencia y vinculadas a la ejecución del plan general de ofertas, aun tratándose de la actividad normal de la empresa...".

TERCERO.- En fecha 24 de enero de 2022, la empresa entregó al actor comunicación de despido, que firmó no conforme, con el contenido siguiente:

"Muy Sr. Mío:

Mediante la presente ponemos en su conocimiento que la Dirección de la Compañía ha acordado proceder a su despido disciplinario con efectos el día 24 de enero de 2022 por la

comisión de una infracción de carácter muy grave:

Como usted sabe presta servicios como carnicero en la tienda que la Empresa HIJOS DE LUIS RODRIGUEZ, S.A. (Supermercados Masymas) tiene en Nuevo Gijón. Pues bien, el día 20 de enero de 2022 la Dirección de la Empresa ha tenido conocimiento que desde el 14 de diciembre de 2021 tiene colgado en TikTok un video donde aparece usted vestido con el uniforme de trabajo de la compañía parodiando a clientes y escribiendo "vamos a currar de buen rollo", "primera clienta a las 9:07", y a continuación cantando machaconamente una canción que dice "empezamos con los hijos de puta, hijos de puta..."

Como cualquier persona razonable supondrá tales hechos no se pueden tolerar, refiriéndose públicamente de modo insultante, degradante, humillante... a clientes de la Empresa. Como debe saber, todo cliente merece el máximo respeto y usted sea en jornada de trabajo o fuera de ella, pero vistiendo el uniforme de trabajo, representa y es la imagen de una Empresa que tiene como principio fundamental el cuidado y la atención del cliente, a quien le debe su existencia y mantenimiento, y en último término a quien usted debe su puesto de trabajo.

Con su actitud y gracietas (por llamarlo de algún modo) ha puesto de manifiesto que en modo alguno puede seguir trabajando para esta Empresa, a la que daña y ofende públicamente de modo consciente y constante, sin medir sus actos ni sus consecuencias.

Por ello, entendemos que su conducta ha de ser objeto de sanción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como en el Convenio Colectivo de Minoristas de Alimentación de Asturias. Así, esta norma sectorial considera que su conducta es constitutiva de una infracción de carácter muy grave que se encuentra tipificada en el artículo 54.3 (3. Fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los otros trabajadores/as o cualquier otra persona al servicio de la Empresa en relación de trabajo con ésta") y el artículo 54.8 ("8. Los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respeto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás trabajadores/as, proveedores, clientes y público en general") a la que puede imponerse como sanción el despido disciplinario, de conformidad con el artículo 55 del Convenio Colectivo referido, y que como quedó expuesto

Sin otro particular,

Atentamente."

CUARTO.- El trabajador colgó en la red social Tik Tok un video de unos segundos en los que, con un polo verde distintivo de la empresa demandada, espera por los clientes que llegan a la inmediata hora de apertura de la tienda, refiriéndose a los mismos como "hijos de puta", en un estribillo que se reitera en distintas ocasiones, que es parte de las palabras de un streamer, que parece ser que tiene videos en distintas redes sociales, a las que añadieron música.

QUINTO.- El actor presentó papeleta de conciliación ante la UMAC en fecha 9 de febrero de 2022, celebrándose acto conciliatorio entre las partes en fecha 22 de febrero de 2022, que terminó con el resultado de SIN AVENENCIA."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimando la demanda presentada por el trabajador frente a la empleadora demandada, debo declarar y declaro NULO el despido del que fue objeto el demandante el 24 de enero de 2022, condenando a la demandada a readmitir al trabajador en el mismo puesto de trabajo y en idénticos términos y condiciones vigentes al momento del despido con abono de los salarios dejados de percibir, así como a indemnizarle en la cantidad de 6.250 euros por daños morales."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por HIJOS DE LUIS RODRIGUEZ S.A. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 18 de agosto de 2022.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 6 de octubre de 2022 para los actos de votación y fallo. A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara nulo el despido disciplinario comunicado al trabajador, por vulneración de derechos fundamentales, condena a la empresa a la readmisión y al pago de 6.250€ en concepto de indemnización. En desacuerdo con la decisión judicial la empresa recurre en suplicación y solicita la revocación por medio de otra que desestime la demanda y declare procedente el despido.

El recurso cuenta con la oposición de la parte actora que muestra conformidad con una petición de revisión de hechos formulada por la recurrente y en todo lo demás defiende el acierto de la sentencia.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

A través del relato de Hechos Probados (HP) de la sentencia conocemos que el trabajador, dependiente de carnicería en un supermercado de la demandada, con antigüedad que data del año 2020, el 24.1.2022 recibe de la empresa escrito de comunicación de despido. La empresa manifiesta que el trabajador desde el 14.12.2021 tuvo colgado en Tik Tok un video donde aparece vestido con el uniforme de trabajo de la compañía, parodiando a clientes, escribiendo "vamos a currar de buen rollo, primera clienta a las 9:07" y, a continuación cantando machaconamente una canción que dice "empezamos con los hijos de puta, hijos de puta...". La empresa califica esos hechos de faltas muy graves de "fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con otros trabajadores o cualquier otra persona al servicio de la empresa en relación de

trabajo con esta", prevista en el artículo 54.3 del Convenio colectivo de Minoristas de Alimentación de Asturias y de "malos tratos de palabra y obra, abuso de autoridad o falta grave de respeto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás trabajadores/as, proveedores, clientes y público en general", prevista en el artículo 54.8 del Convenio. De lo atribuido por la empresa en la carta del despido, esta fue la conducta del trabajador, colgó en la red social Tik Tok un video de unos segundos en los que, con un polo verde distintivo de la empresa demandada, espera por los clientes que llegan a la inmediata hora de apertura de la tienda, refiriéndose a los mismos como hijos de puta, en un estribillo que se reitera en distintas ocasiones.

En un motivo de recurso previsto en el artículo 193.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), la empresa recurrente solicita la revisión del HP 1º, que la sentencia destina a transcribir la carta de despido, para corregir la hora "9:07" por "9:01", pues es esta última la que figura en la comunicación escrita al trabajador. Como soporte probatorio de la revisión nos remite a la carta de despido entregada al trabajador, reforzada con el documento 5 del ramo de prueba de esta parte. Ya hemos indicado que la parte actora se muestra conforme con la revisión propuesta en esos términos. Tratándose de un simple error material, como tal susceptible de corrección en cualquier momento, estimamos procedente la revisión propuesta, quedando así corregido el HP1º para donde dice "9:07" decir "9:01".

Una segunda petición de revisión tiene por objeto el HP 4º, el que la sentencia destina a identificar la conducta del trabajador que la empresa sanciona con el despido. La parte quiere añadir algunos datos, como la duración del video, las imágenes que alterna el trabajador, cuántas veces repite "hijos de puta", y otras frases. Como soporte probatorio de la revisión nos remite al documento 5, que identifica con el video en el que se visualizan los hechos.

Sobre el carácter idóneo del soporte probatorio apuntado para revisar el HP 4º es preciso aclarar que el llamado "documento nº 5" no es prueba documental, es un video, esto es, el soporte de reproducción de palabra, imagen y sonido. Sobre esta prueba y su idoneidad a efectos de revisar los hechos probados en un recurso de suplicación la sentencia de la Sala IV del TS 31/2020, de 15 de enero, dictada en el rc. 166/2018, recordando lo recogido en otras anteriores, reiterado después en las posteriores que tratan de la idoneidad o no de esta prueba a efectos de fundamentar una revisión fáctica, considera que la grabación de audio y vídeo no tiene naturaleza de prueba documental, a efectos de fundar una revisión de hechos probados, al amparo del artículo 191 b) de la LJS, por las siguientes razones:

1º.- La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) tiene un carácter supletorio en defecto de disposiciones en las leyes que regulen el proceso laboral, por lo que limitándose la LJS a establecer en el artículo 90 que se admiten como prueba los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, sin establecer cuál es su naturaleza y qué tratamiento ha de dárseles, habrá que acudir a los dispuesto en la LEC en este extremo.

2º.- La LEC da un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciándolos de la prueba documental. En el artículo 299 enumera los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio, diferenciando en su apartado 1 interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos, y en el apartado 2 dispone que también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables, o de otra clase, relevantes para el proceso.

3º.- La consideración de la naturaleza autónoma de estos medios de prueba se acompaña, en lógica consecuencia, de un tratamiento diferenciado en la propia LEC, que dedica a la documental los artículos 317 a 334 y a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, regulados en los artículos 382 a 384; en el artículo 265, al disponer los documentos, escritos u objetos que han de acompañar a la demanda distingue en el apartado 1º "los documentos en que las partes funden su derecho" y en el apartado 2º "los medios e instrumentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 299 -medios de reproducción de la palabra, el sonido....- si en ellos se fundaran las pretensiones...."; los artículos 267 y 268 establecen la forma de presentación de documentos públicos -copia simple y si se impugnara su autenticidad, mediante original, copia o certificación- y de los documentos privados -original o copia autenticada, uniéndose a los autos o dejando testimonio, con devolución de los originales o copias, o designación del archivo, protocolo o registro donde se encuentren-, no resultando de aplicación a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen; el artículo 270 LEC, que regula la presentación en momento no inicial del proceso, se refiere a la presentación no solo de documentos sino también de medios e instrumentos, diferenciando unos de otros; el artículo 273 LEC exige que todo escrito o documento que se aporte o que se presente ha de acompañarse de tantas copias literales cuantas sean las otras partes, lo que no se exige en la aportación de instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen, pues solo prevé la Ley - artículo 382 LEC- que se puede acompañar de una transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate, o de los dictámenes y medios

de prueba instrumentales que la parte considere convenientes; y, los documentos tienen un valor probatorio establecido legalmente, para los documentos públicos en el artículo 319 LEC y para los privados en el 326 LEC, en tanto las reproducciones de palabras, imágenes y sonidos captadas mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes, han de valorarse según las reglas de la sana crítica, a tenor del artículo 382.3 LEC .

4º.- En el proceso laboral la forma de práctica de una y otra prueba es diferente. En efecto, mientras de la prueba documental que se presente ha de darse traslado a las partes en el acto del juicio, tal y como dispone el artículo 94 LJS, la práctica de la prueba de medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen se realiza en último lugar, una vez se han practicado todas las pruebas - artículo 300 LEC-, debiendo consignarse en acta los actos que se realicen para la práctica de dicha prueba, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones.

5º.- El artículo 193. b) LJS, que regula la revisión de hechos probados, mantiene que procede a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas y la idoneidad de la prueba de los instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, se enmarca dentro de un recurso de carácter extraordinario, tal y como resulta de su configuración legal, y consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental, a la vista del carácter del recurso, necesariamente ha de ser efectuada de forma restrictiva.

En consecuencia, no procede revisar el HP 4º, pues ni siquiera es idóneo el soporte probatorio indicado por la recurrente para que la Sala pueda llevarla a cabo.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 193.c) de la LJS, la recurrente formula dos motivos de censura jurídica en solicitud de revisión del derecho sustantivo y de la jurisprudencia. El primero, para denunciar la infracción de los artículos 54.1 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET), el primero puesto en relación con el artículo 54.3 y 8 del Convenio colectivo de Minoristas de Alimentación del Principado de Asturias, el segundo con el artículo 20.1 de la Constitución Española (CE). En el discurrir del escrito de recurso la parte cita y extracta la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) de 25.11.2019 rc 2436/2017, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 2.6.2020 rc. 1842/2018 y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Asturias de 7.9.2017 rc 1481/2017. En el segundo, en relación de absoluta dependencia de la respuesta de la Sala al primero de los motivos, denuncia la infracción del artículo 183.3 de la LJS, pues que considera indebida y desproporcionada la indemnización incluida en la condena.

La recurrente muestra su desacuerdo con la sentencia que considera que el despido vulnera la libertad de expresión del trabajador, que el comportamiento de éste se traduce en una mera parodia y que está presidido por un animus jocandi. Afirma que en el video que el trabajador colgó e hizo público en una red social se dirige a los clientes de la empresa de manera directa y clara con el insulto "hijos de puta", de forma absolutamente gratuita e innecesaria, pues no se enmarca en la expresión de una crítica ni de una opinión, de modo que el trabajador se extralimitó en el ejercicio de la libertad de expresión, que encuentra su límite en el insulto, con más cuando la actuación del trabajador está vinculada a una relación laboral que exige mayor rigor en el ejercicio de aquel derecho y los intereses de la empresa se ven perjudicados.

La sentencia de instancia señala que *" existen indicios fundados de la existencia de vulneración de derechos fundamentales, sin que haya controversia alguna en la aseveración de que el despido del actor deriva de la difusión de un video que grabó en la red social Tik Tok".* Tras reproducir en parte la STC de 25.11.2019 rc 2436/2017 (la misma citada por la empresa en el recurso) dice *" de la observación detenida del video, puede ocurrir que la empresa o compañeros del trabajador se hayan sentido ofendidos y, puede ser, según sostiene la demandada, que su contenido no aporte nada artístico o informativo, depende de la perspectiva que se adopte, pero efectivamente dicho extremo no afecta a este procedimiento. Lo cierto es que su contenido supone una crítica jocosa a clientes que se encuentran esperando a la apertura de la tienda por las mañanas y ya suponen para el trabajador el inicio de sus tareas desde primera hora. Realmente la única persona que saldría afectada en una valoración objetiva, sería el empleado que parece disgustarse por tener actividad intensa ya desde el inicio de la jornada laboral. Las personas ofendidas directamente serían dichos clientes, pero no se especifican de forma directa sino a través de una genérica sátira burlesca, y no concreta personas, apareciendo en todo momento la única imagen del actor, ya como cliente, ya como empleado. En definitiva, el contenido del video no cabe considerar que constituya una conducta que se enmarque dentro de la infracción tipificada, sino dentro de la libertad de expresión del trabajador".*

El derecho fundamental que la sentencia de instancia valora para sostener que el trabajador ha sido objeto de un despido nulo exige que contemplemos los hechos desde la perspectiva constitucional del derecho a la



libertad de expresión en el seno de una relación laboral, pues la conducta del demandante está solidamente unida a la relación laboral con la demandada, probado como está que escenificó la llegada de clientes a la tienda a las 9:01 horas, esto es, tan pronto el establecimiento abre al público, y el comienzo del trabajo por su parte, que aparece ataviado con un polo verde que es el distintivo de la empresa.

En la STC nº 146/19, de 25.11.2019, citada en la sentencia de instancia y en el recurso, se plantea la cuestión relativa a la protección del derecho a la libertad de expresión frente al ejercicio del poder disciplinario empresarial. En un procedimiento por despido se declaró la nulidad de la medida por lesión del derecho a la libertad de expresión del trabajador, pues se apreciaba que existían indicios de que la decisión extintiva era consecuencia de las denuncias realizadas por el mismo ante un ayuntamiento por las supuestas deficiencias en el servicio adjudicado a la empresa para la que trabajaba, y que la demandada no los había desvirtuado. La sentencia posterior dictada en suplicación, en contra de lo mantenido en la instancia, rechazó que la conducta del trabajador pudiera ser considerada como ejercicio del derecho de libertad de expresión; partiendo de la veracidad de los hechos que la empresa había imputado al actor, la Sala negó que la actuación descrita supusiera el ejercicio del derecho a la libertad de expresión al tratarse de un proceder atípico por la inoportunidad del organismo al que se dirigió y constituir una trasgresión de la buena fe contractual, por lo que no había quedado comprometido el derecho a la libertad de expresión, pues el trabajador había planteado reivindicaciones laborales por cauce inadecuado, se inmiscuía en denuncias para las que no estaba legitimado y que, por no haber quedado acreditadas, fueron meras apreciaciones cuya sola mención ante el ayuntamiento causaron a la empresa un perjuicio injusto.

En el recurso de amparo planteado por el trabajador, se plantea si cualquier reclamación o queja, ya sea de tipo laboral o propiamente relacionada con la gestión del centro, por el mero hecho de ser planteada por el trabajador ante el titular del servicio constituye una infracción de la buena fe en el marco de una relación laboral, o si ejercida de manera correcta, las mismas quedan amparadas en el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, opinión e información, y por lo tanto, el despido por la existencia de tales reclamaciones debe considerarse nulo, por violación de los derechos fundamentales referidos.

El TC señala que viene distinguiendo entre el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Tal distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene una importancia decisiva para determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues, mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información. Considera que en el caso concreto la carta de advertencia y la posterior de despido vincularon la decisión extintiva a los juicios de valor y quejas formuladas por el trabajador en el ayuntamiento, siendo, por consiguiente, el derecho a la libre expresión de los pensamientos, ideas y opiniones [el art. 20.1 a) CE] el se había visto afectado.

Expone la propia doctrina (que sintetizamos):

-El derecho a la libertad de expresión comprende, junto a la mera expresión de juicios de valor, también la crítica de la conducta de otro, aunque la misma sea desabrida o pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige.

-Las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, se sitúan fuera del ámbito de protección de este derecho, dado que la libertad de expresión no comprende el derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental.

-La libertad de expresión, como cualquier otra, no es ilimitada, tiene su límite en el debido respeto a los derechos reconocidos en el título I de la Constitución, en las leyes que lo desarrollan y, especialmente, y entre otros, tal y como puntualiza el art. 20.4 CE, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los demás.

-La celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

-Es preciso preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de estos en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la

estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin.

En la respuesta al recurso el TC, partiendo del contenido de las manifestaciones realizadas ante el ayuntamiento, comprueba que en ningún momento el trabajador transgredió con ellas los límites del derecho a la libertad de expresión, que vienen impuestos por el debido respeto a otros derechos fundamentales también dignos de protección, y constata que con sus manifestaciones el trabajador se refirió estrictamente a cuestiones relativas al desarrollo de su relación laboral en el centro de trabajo, y, principalmente, a los problemas que tenía para el desempeño de sus funciones de enfermero derivados, principalmente, de la carencia de material sanitario y de otra índole. Y para expresar tales opiniones no hay constancia en autos de que utilizase expresiones ultrajantes u ofensivas que pudieran resultar impertinentes e innecesarias para el fin pretendido, o que pudieran haber puesto en tela de juicio la probidad, ética, o prestigio profesional del empleador. Prueba de ello es que, al ser sancionado, en ningún momento se le reprochó el tono duro, agresivo o inapropiado de sus expresiones, sino tan solo la deslealtad que, al entender de la empresa, suponía el que las hubiera emitido ante el ayuntamiento, al no ser este el que le contrató.

La STC 151/2004, de 20 de septiembre (ra 3660/2002), sobre lo innecesario de lo expresado en la emisión de la opinión y lo extralimitado, en un supuesto de despido motivado en los términos de un artículo de prensa publicado por el trabajador en un periódico, señala que:

-La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los artículos. 33 y 38 CE. Por esa razón es necesario modular, según los casos, el ejercicio de todos ellos.

-El ejercicio del derecho reconocido en el art. 20.1.a) CE se encuentra sometido a los límites que el apartado 4 del mismo precepto establece y, en particular, que cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación. De este modo, surge un condicionamiento o límite adicional en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo, aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución. Pero, al mismo tiempo, no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales.

-En la modulación del derecho a la libertad de expresión/ derechos y obligaciones que nacen para las partes contratantes en la relación laboral, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, la misma (modulación) sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. Esto entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la definición y valoración constitucional del derecho fundamental y que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso. Ese juicio permitirá determinar si la reacción empresarial que ha conducido al despido del trabajador es legítima o, por el contrario, éste fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no podría dejar de calificarse como nulo.

-No cabe definir lo objetivamente ofensivo al margen por completo de las circunstancias y del contexto en el que se desarrolla la conducta expresiva, ni tampoco limitar la cobertura que ofrece la libertad de expresión a aquello que sea necesario, entendido en el sentido de imprescindible, adecuado y absolutamente pertinente, ni reducir su ámbito de protección a las expresiones previsibles o al uso en situaciones de acuerdo o avenencia, pues esa lectura de los márgenes de actuación del derecho fundamental supondría reducir el ámbito de la libertad de expresión a las ideas de corrección formal abstracta y utilidad o conveniencia, lo que constituiría una restricción no justificada de esos derechos de libertad de los ciudadanos e implicaría desatender, en contra de las posiciones de nuestra jurisprudencia, la libertad del sujeto y el entorno físico o de situación en el cual se produce su ejercicio.

Si esa es, en resumen, la jurisprudencia del TC sobre libertad de expresión en el ámbito del contrato de trabajo, el TS por su parte, aplicando esa jurisprudencia, entre otras en la sentencia 1058/2016, de 15 de diciembre rc 27/2015, y en la 172/2017, de 28 de febrero rcud 103/2016, argumenta que 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 mero significado gramatical, para optar por su contextualización. En este sentido viene diciendo, que de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de las libertades de expresión e información cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la noticia o con la opinión que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica, experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables, a lo que se une que el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor. Este último criterio ha llevado a esta Sala a priorizar las libertades de información y expresión y a considerar legítimo el sacrificio del derecho al honor en casos de contienda, entendida esta en una acepción general comprensiva no solo de enfrentamientos políticos sino también de conflictos en otros ámbitos como el periodístico, el deportivo, el sindical o el procesal. En tal línea se ha destacado - entramos en la casuística- la necesidad de valorar las expresiones litigiosas en un contexto de crítica y de contienda, descartando así un exceso o desproporción en la expresión de dicha opinión crítica pese al empleo de términos objetivamente ofensivos como "ramplón", "pedestre", "miserable", "tiparraco", "mendaz", "terminal", pues un contexto de discusión o contienda, a tenor del ámbito social o político en que se produce y los usos relacionados con él, cuando la discusión alcanza recíprocamente un nivel alto de tensión puede justificar la utilización de expresiones que si bien pueden resultar hirientes y entrañar una descalificación personal y profesional, este factor no es suficiente si en el caso examinado para desvirtuar su amparo en la libertad de expresión no cabe aislar o desvincular tales manifestaciones del contexto de discusión y polémica.

La sentencia de esta Sala de TSJ citada en el recurso, sentencia de 7.9.17 rsu 1481/2017, no tiene valor de jurisprudencia a examinar en este motivo de recurso, tan solo un simple valor orientativo. Se trata de sentencia dictada en un procedimiento de impugnación de sanción impuesta a trabajadora, además representante legal de los trabajadores, por manifestaciones publicadas en Internet y en medios de prensa, relativas a existencia de presión empresarial constante, acoso laboral, hostigamientos, estados de esclavitud, desastrosa gestión empresarial, precarización y similares. La empresa le impone dos sanciones, en la instancia se confirma una por falta muy grave, y la Sala en el análisis de la libertad de expresión y la libertad sindical, confirma la sentencia, en base a que se reiteran públicamente aquellas manifestaciones, algunas como las de acoso inveraces, especialmente peyorativas y dañinas frente a quienes las reciben.

La Sala en este caso no comparte la tesis de la sentencia de instancia. Partimos, si, de una reacción empresarial al video que el trabajador expuso en una red social, y ello sin duda tiene que ver con la libertad de expresión; ahora bien, la conducta que la empresa imputa al trabajador en la comunicación escrita de despido, tal y como está descrita en el HP 4º y con las consideraciones fácticas de igual valor que la sentencia lleva al penúltimo párrafo del Fundamento de Derecho Cuarto, alcanza plenamente a la relación de trabajo con la empresa demandada (i) viste un polo que es el distintivo de la empresa, (ii) actúa como cliente y como trabajador, (iii) escenifica la espera como trabajador a los clientes que llegan a primera hora de la mañana al supermercado, a los que se refiere en distintas ocasiones como "hijos de puta".

En esa descripción de hechos no hay crítica ni opinión, tan solo un insulto reiterado del demandante a los clientes de la empresa para la que presta servicios, y a los que deja singularizados, se trata de los clientes que llegan a la inmediata hora de apertura de la tienda. El texto del HP 4º pone en primera y única línea la referencia reiterada del demandante a esos concretos clientes como "hijos de puta".

Como consta en el Antecedente de Hecho Segundo de esta sentencia, donde se transcriben los hechos probados de la de instancia, en aquel HP 4º se dice "*refiriéndose a los mismos como hijos de puta, en un estribillo que se reitera en distintas ocasiones, que es parte de las palabras de un streamer, que parece ser que tiene videos en distintas redes sociales, a las que añadieron música*". Lo que "*parece ser*" no pasa de lo posible y, por consiguiente, carece de la condición de hecho cierto formalmente elevado a hecho probado; y, que el trabajador parafraseó a otro para descalificar a determinados clientes, que por los datos que facilita se pueden ver individualizados y aludidos, en nada mitiga lo sancionable de un comportamiento que resulta ilegítimo en la medida en que rebasa los límites del derecho a la libertad de expresión, pues el trabajador cae en el insulto y no concurre circunstancia alguna, más que el objetivamente demostrado propósito de descalificar, que permita matizar las palabras insultantes, como acontece cuando el exabrupto surge en el discurrir de una disputa o controversia. En consecuencia, estimamos que la sentencia de instancia no se atuvo a la jurisprudencia del TC y del TS en materia de libertad de expresión conectada a una relación de trabajo, y en ello se ha materializado la infracción de los artículos 20.1 CE y 55.5 del ET.

La estimación de esta parte de la censura jurídica hace innecesaria la respuesta a la denuncia de la infracción del artículo 183.3 de la LJS, relativo al importe de la indemnización que la sentencia de instancia reconocía al trabajador como consecuencia de la lesión de derechos fundamentales.

TERCERO.- La sentencia de instancia descarta que la conducta del trabajador sea constitutiva de infracciones que la empresa identifica en la carta de despido. En el recurso la empresa sostiene que la respuesta judicial vulnera el artículo 54.1 del ET puesto en relación con el 54.3 y 8 del Convenio colectivo de aplicación. Argumenta que el trabajador trasgredió la buena fe contractual e incurrió en aquellas faltas por fraude, deslealtad o abuso de confianza, en los malos tratos de palabra y obra, en la grave falta de respeto y consideración a los clientes, lo que -dice- repercute negativamente en la imagen de la empresa.

El artículo 55 del Convenio colectivo de Minoristas de Alimentación para el Principado de Asturias reserva el despido para sancionar las faltas muy graves, y así califica las conductas que describe el artículo 54, en cuyo apartado 3 contempla el fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los otros/as trabajadores/as o cualquier otra persona al servicio de la empresa en relación de trabajo con esta, y en el apartado 8 los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave de respeto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás trabajadores/as, proveedores, clientes y público en general.

La conducta del trabajador se corresponde con esa falta grave de respeto y consideración a los clientes. El insulto a los clientes hecho a través de un video publicado en una red social, de las características que hemos puesto de manifiesto en el anterior FD, tiene ese significado y consecuencia, además de naturaleza de infracción grave y culpable, condiciones que el artículo 54.1 del ET exige al despido disciplinario. La respuesta de la empresa resulta proporcionada, pues el trabajador atentó contra el honor de los clientes que deciden acudir al establecimiento tan pronto abre al público, al tiempo que comprometió la imagen de la empresa ante el público en general y ante los aludidos en particular, con la consiguiente repercusión que ello tiene en la propia actividad empresarial de venta al por menor de alimentos y otros productos. En consecuencia, el despido resulta procedente.

VISTO lo expuesto y los preceptos de general aplicación

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Hijos de Luís Rodríguez SL frente a la sentencia nº 186/2022 dictada el 2 de junio de 2022 en el procedimiento 112/22 del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, que revocamos y dejamos sin efecto.

Que declaramos procedente el despido disciplinario comunicado por Hijos de Luís Rodríguez SL a don Bernabe el 24 de enero de 2022.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que:** fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguidos de otros 6: los cuatro primeros conforman el nº de rollo -empezando por ceros si es preciso-, y después otros 2, que corresponden a las dos últimas cifras del año del rollo. Es obligado indicar en el campo concepto: **"37 Social Casación Ley 36-2011"**.

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho, y rellenar al campo concepto aludido.



De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, cuando obedezcan a otros recursos de la misma o distinta clase, debe contar -en el campo de observaciones- la fecha de la resolución recurrida el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **notificación** y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ