

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia de 10 Sep.
2010, rec. 2030/2010

Ponente: Moreno González-Aller, Ignacio.

Nº de Sentencia: 699/2010

Nº de Recurso: 2030/2010

Jurisdicción: SOCIAL

LA LEY 159818/2010

Insultos a un superior que no justifican la procedencia del despido, dadas las circunstancias concurrentes

DESPIDO IMPROCEDENTE. Ofensas verbales. Inexistencia de ánimo ofensivo que justifique el despido. Las expresiones que la trabajadora dirigió al director general «eres un ladrón y un hijo de puta», tras reclamarle una comisión que entendía le correspondía, y que aquél le negó, afirmando que la venta la había realizado él, no pueden ser entendidas de un modo literal ni en su significación simplemente semántica, sino en conexión a la situación extremada de tensión y conflicto laboral existente en la empresa. A ello se añade la situación de ansiedad por la que atravesaba la trabajadora. Todo ello, en un contexto de reducción de salarios a los trabajadores, situación de crisis económica de la empresa y temor a no cobrar en el futuro. INDEMNIZACIÓN. Cuantificación. Atención, respecto al salario fijo, al último percibido en el momento del despido, y respecto al salario variable, al promedio de los 12 meses previos al despido.

El TSJ Madrid estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid, que revoca parcialmente respecto a la cuantía de la indemnización fijada por despido improcedente.

Texto

En la Villa de Madrid, a diez de septiembre de dos mil diez

RSU 0002030/2010

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.1

MADRID

[SENTENCIA: 00699/2010](#)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 2030/2010

Sentencia número: 699/2010

S.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Presidente

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. JAVIER JOSÉ PARIS MARÍN

habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978 ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 2030/2010 formalizado por el Sr. Letrado D. Valentín García González en nombre y representación de "ATLANIS STRATEGIC MEDIA SPAIN, S.L." contra la sentencia de fecha veintiuno de julio de dos mil nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número 23 de MADRID, en sus autos número 377/09, seguidos a instancia de Dña. Bibiana frente a la citada recurrente, en reclamación por despido y tutela, es parte el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Que la actora ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de formación a directivos, desde el 25 de octubre de 2007, con la categoría profesional de Gerente de Ventas, percibiendo un salario mensual con inclusión de la prorrata de pagas medio de 4.417,50 € (53.010,02 €/12), con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias y comisiones.

SEGUNDO.- Que el Director General y Administrador de la sociedad mercantil demandada, D. Cristian Danel, remitió una carta a todos los trabajadores de la empresa - incluyendo a la actora - el 15 de diciembre de 2008, en la que se expone que debido a la situación que experimenta en el Mercado Español y la ausencia de ventas se había decidido que cada uno de ellos, "perciba el 50 % de los sueldos de diciembre y enero (respectivamente). No deberá

presentarse a trabajar desde el 16 de diciembre al 15 de enero fecha en la que retomará sus actividades habituales concurriendo a la oficina. Las vacaciones pendientes del año 2008 serán gozadas en el 2009 adicionalmente a las que por ley le corresponda".

TERCERO.- Que el 2 de febrero de 2009, la demandada volvió a dirigir una carta a la actora y a la Comercial, Dña. Emilia - cuyo contenido se tiene por íntegramente reproducido a estos efectos - exponiendo que la situación económica de la empresa es sumamente crítica ante la caída de las ventas y que con el fin de reducir los costes de nuestra estructura ya se han adoptado una serie de medidas y, que "necesitamos proponerle un nuevo esfuerzo, ya que la única posibilidad de antener su puesto de trabajo en la empresa es mantener sus salario según convenio más las comisiones de las ventas que genere. Desafortunadamente, mientras no consigamos incrementar el índice de ventas la empresa no tiene recursos suficientes ara asumir un coste salarial mayor al indicado. Esto supondría que Vd. percibiría un salario neto mensual de 1.000 € más las comisiones correspondientes a su cargo. La itada modificación tendrá efectos a partir del 05 de febrero de 2009..."

CUARTO.- Que el día 4 de febrero de 2009, D. Cristian Danel, la actora, Dña. Bibiana , y Dña. Emilia , celebraron a primera hora de la mañana la reunión que habitualmente celebran todos los días, y una vez finalizada, cuando se dirigían hacia la sala principal de ventas, Bibiana preguntó a Daniel por qué no se le había abonado una determinada comisión, contestando éste que porque la venta la había hecho él, que no le iba a pagar nada, a lo que en tono normal la demandante le respondió, "eres un ladrón y un hijo de puta" , e inmediatamente se marchó al baño, volviendo a continuación llorando diciendo que se sentía mal, que tenía una crisis de ansiedad, por lo que llamaron al SAMUR que acudió, sobre las 11,15 horas, que la tendieron de hiperventilación, consiguiendo que poco a poco se tranquilizara..

QUINTO.- Que la actora fue dada de baja médica por incapacidad temporal se mismo día, 4 de febrero de 2009, con el diagnóstico de ansiedad, emitiéndose parte de alta por mejoría, el 2 de marzo de 2009.

SEXTO.- Que la demandada notificó a la actora el 9 de febrero de 2009, carta fechada el día 4 de ese mes, que se tiene por reproducida a estos efectos, imputándole que en conversación mantenida con el Director General "y tras las diferencias de opiniones entre ambos por la gestión de una de las ventas, Vd. le increpó alzando la voz, sin que mediara provocación bastante, diciéndole reiteradamente: "Eres un ladrón, te quieres quedar con mi dinero". Sus gritos han sido escuchados por todos los empleados la empresa (...). Posteriormente Vd. se dirigió al baño y en voz baja dijo "hijo de puta". El Director General le confirmó: " Bibiana , me acabas de llamar hijo de puta" y Vd. contestó "¿Quién lo ha oído?".

SEPTIMO.- Que no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante unitario o sindical de los trabajadores.

OCTAVO.- Que en fecha 5 de marzo de 2009, tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de sin avenencia.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda promovida por D^a Bibiana , frente a la empresa ATLANTIS STRATEGIC MEDIA SPAIN, S.L., debía declarar y declaraba la improcedencia del despido de que fue objeto la demandante y condeno a la empresa demandada a readmitirla en su puesto de trabajo o alternativamente abonarle la cantidad de 8.835,00 €, en concepto de indemnización, mediante opción que deberá ejercitarse en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado, con la advertencia que de no optar expresamente dentro de ese plazo, se entenderá obligatoria la readmisión, con abono en ambos casos, sea cual sea el sentido de la opción, de la cantidad de 20.762,25 €, en concepto de salarios de tramitación

devengados hasta la fecha, más a un haber diario de 147,25 €, desde la fecha, hasta que se notifique la presente resolución".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 26 de abril de 2010, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 28 de julio de 2010, señalándose el día 8 de septiembre de 2010 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de suplicación la empresa contra sentencia que estimó en parte la demanda rectora de las actuaciones declarando la improcedencia del despido de la trabajadora, con las consecuencias legales y económicas inherentes a tal declaración, fijando como indemnización la suma de 8.835 euros, enderezando el motivo inicial, con correcto amparo en el apartado b) del art. 191 LPL, a la revisión del ordinal primero, interesando la redacción que sigue:

"Que la actora ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de formación de directivos, desde el 25 de octubre de 2007, con la categoría profesional de Gerente de Ventas, percibiendo un salario de 3.141,38 euros mensuales, con inclusión de pagas extraordinarias y comisiones".

SEGUNDO.- El motivo, dada su íntima conexión, debe analizarse conjuntamente con el tercero, en el que censura infracción del art. 26 del ET y doctrina sobre salario regulador a efectos del despido, haciendo valer en el salario percibido por la actora hay que distinguir entre un concepto fijo y otro variable. Para el primer concepto, esto es, el salario fijo, debe estarse al percibido en el momento del despido que no es otro que el devengado en la nómina del mes de enero de 2009, que se compone de diferentes conceptos, salario base, plus convenio y mejora voluntaria, a lo que se añade la parte correspondiente a la prorrata de pagas extras, conformando así un salario mensual de 1829,75 euros brutos. Mientras que, para la cuantificación del salario variable, ha de estarse al importe de las comisiones percibidas en los doce últimos meses de prestación de servicios, de enero de 2008 a enero de 2009, puesto que el despido tuvo lugar con efectos de febrero de 2009, lo que hace un total de 15.739,57 euros, y dividida esta cantidad entre doce meses asciende a 1.311,63 euros mes. Consecuentemente, sumando 1829,75 euros de salario fijo mensual a 1.311,63 euros de promedio de salario variable nos da un total de 3.141,38 euros de salario mes por todos los conceptos a efectos del despido.

TERCERO.- Veamos a continuación cuál sea la interpretación de la doctrina judicial sobre el salario regulador del despido.

Según la jurisprudencia el salario regulador de la indemnización del despido es el que perciba el trabajador al tiempo del mismo. (SSTS 17-7-90 (LA LEY 1490-4/1990), 13-5-91 (LA LEY 432-JF/0000), 30-5-03 (LA LEY 13363/2003), 27-9-04 (LA LEY 14262/2004), 11-5-05 y 24-10-06 (LA LEY 138804/2006)). Tal regla encuentra algunas excepciones, como puede ser la mala fe del empresario consistente en reducir el salario para perjudicar al trabajador en el importe de la indemnización por despido. A este respecto la STS, Sala 4ª, de 25-2-1993 (LA LEY

11858/1993) , señala lo siguiente:

"La determinación de este salario no ha sido cuestión pacífica en la doctrina y así se ha establecido, en ocasiones, que se trata del salario que realmente se estuviera percibiendo en el momento del cese y no el que se pudiera tener derecho a percibir, por lo que el mayor salario que el trabajador considere que debe percibir podrá ser objeto de controversia en otro proceso, pero no en el de despido. Pero la más reciente doctrina de la Sala ha establecido que "el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido" pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es "en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley ... una reclamación inadecuada" (sentencia de 7 de diciembre de 1990, que cita la de 10 de diciembre de 1986, y sentencia de 3 de enero de 1991). En este sentido la sentencia de 24 de julio de 1989 señala también que "el salario regulador de la indemnización es aquel que corresponde al trabajador al tiempo del despido y no el que arbitrariamente abona la empresa" y la de 2 de febrero de 1990 precisa que sería contrario al principio de buena fe aceptar la actuación de la empresa que reduce unilateralmente el salario para perjudicar al trabajador no sólo en sus retribuciones, sino incluso en el importe de la inaplicarse para la resolución del contrato de trabajo en virtud de la remisión del artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores y en el supuesto que se examina es la propia actuación empresarial, que se considera como un incumplimiento grave que justifica la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador, la que ha determinado una reducción lícita del salario que como tal (art.6.3 del Código Civil) no puede tener eficacia para reducir la base de cálculo de la indemnización procedente".

Según señala la STS, 4ª, 12 mayo 2005 (LA LEY 107233/2005), Rec. 2776/04, con cita de las precedentes de 30 mayo 2003 (LA LEY 13363/2003), Rec. 2754/2002 y 27 septiembre 2004 (LA LEY 14262/2004), Rec. 4911/2003, "el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales".

Así pues, el salario que debe fijarse en sentencia como probado es el percibido por el trabajador en su importe bruto en el momento del despido y, caso de existir discrepancias, el que legalmente le correspondería percibir y no el inferior que, de hecho, reciba de la empresa. En el supuesto de percibirse determinados conceptos salariales con oscilaciones (horas extraordinarias, pluses por cantidad o calidad de trabajo) se entiende razonable la práctica judicial de tomar el promedio de lo percibido en un periodo superior a un mes. Más concretamente, cuando las percepciones no son uniformes mensualmente, para soslayar los beneficios o perjuicios que para cada una de las partes pueda suponer el tener en cuenta únicamente las percepciones en el mes más próximo a la fecha del despido, se debe apreciar la media en la anualidad anterior, o en el tiempo de la prestación de servicios si este es inferior al año.

CUARTO.- Dicho lo anterior, el iudex a quo, para cuantificar el salario que declara probado en el ordinal primero de la resultancia fáctica, de 4.417,50 euros por todos los conceptos, atiende, y según razona en el fundamento de derecho primero, a la media aritmética por los conceptos fijos y variables en el periodo enero a diciembre de 2008.

Sopesadas las posiciones de las partes, a criterio de la Sala, el cálculo correcto es el realizado por la parte recurrente, atendiendo, respecto al salario fijo, al último percibido en el momento del despido, que no es otro que el correspondiente a la nómina de enero de 2009, puesto que fue despedido en febrero de 2009, y respecto al salario variable ha de estarse al promedio de los últimos doce meses al despido, lo que se corresponde con los meses de enero de 2008 a enero de 2009, y no con el periodo tenido en cuenta por la sentencia que se corresponde con el periodo enero a diciembre de 2008 .

Lo que, en corolario, hace que deban estimarse los motivos primero y tercero del recurso. En efecto, examinados los folios referenciados por la empresa y que sirven de soporte a su recurso para variar el relato fáctico, (40 a 55 de autos) se llega a la conclusión por ella propugnada para modificar el hecho primero en los términos interesados, siendo todo ello acorde a la doctrina judicial sobre cuantificación del salario a efectos del despido en relación al art. 26 del ET .

QUINTO.- En el segundo motivo, con idónea cobertura en el apartado c) del art. 191 de la LPL , censura infracción, por aplicación incorrecta, de los artículos 54.1 y 54.2 c) del ET con relación al 20.2 del mismo texto legal, por entender, en resumen, con cita de copiosa doctrina jurisprudencial, los hechos tienen la necesaria gravedad como para justificar el despido.

Según el artículo 54 del ET , el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

A estos efectos, no todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es causa de despido, sino que la resolución unilateral del contrato sólo puede operar como reacción a un incumplimiento cualificado, o, como se deduce del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores , de incumplimiento contractual grave y culpable, incluso «malicioso», como dijo el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de junio de 1969 y 23 de septiembre de 1973, o, en expresión utilizada en su sentencia de 5 de mayo de 1980 , «actos voluntarios por malicia o negligencia... por intencionalidad u omisión culpable... (imputable) a una torcida voluntad u omisión culposa». Requisitos de gravedad y culpabilidad para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la atribuida al trabajador se dan o no esa gravedad y culpabilidad, que, como requisitos de imprescindible concurrencia exige el artículo 54 en su núm. 1 del Estatuto de los Trabajadores , según constante doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, mantenida en sentencias de 26 de enero (LA LEY 8810-R/1987) y 27 de febrero de 1987 (LA LEY 1264/1987) y 22 de febrero (LA LEY 122339-JF/0000) y 31 de octubre de 1988 (LA LEY 123949-JF/0000) .

En definitiva, es necesario que quede evidenciado se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido - sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero (LA LEY 11814-JF/0000) y 22 de mayo de 1986 (LA LEY 2391/1986), y 26 de enero de 1987 (LA LEY 8810-R/1987) -. Resulta necesario valorar las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1979 y 30 de enero de 1981 (LA LEY 6060-JF/0000)).

El despido disciplinario, incluso tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 5/2002 , sigue siendo la máxima reacción punitiva que prevé la normativa laboral frente a incumplimientos del trabajador graves y culpables. Criterio de la culpabilidad que ha de quedar perfectamente delimitado en los hechos imputados. No sólo es necesario que los hechos sean graves, han de responder a una voluntad rebelde al cumplimiento de obligaciones y deberes laborales, teniendo en cuenta, las circunstancias concurrentes. La jurisprudencia, -entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 23-1-91 (LA LEY 8799/1991) - partiendo de la aceptación de la teoría gradualista, exige la necesaria y plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, analizando individualizadamente las circunstancias de cada caso.

En cuanto a las ofensas, insultos, falta de respeto y consideración hacia los superiores, en línea con la concepción

subjetivista que impregna en nuestro ordenamiento el despido, deben tenerse en cuenta circunstancias tales como el "clima de tensión y enfrentamiento imputable a ambas partes", (Así, Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 710/2003 Extremadura (LA LEY 194608/2003) (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 26 noviembre Recurso de Suplicación núm. 672/2003); no todas ofensas verbales son acreedoras a la sanción de despido, que implica la extinción de la relación laboral, sino aquéllas que injustamente ataquen al honor de la persona contra la que se profieren o estén dirigidas a ofender su dignidad; y siempre que ello se realice dentro de la esfera de la relación laboral o con ocasión de ella, pero sin que deba fijarse en forma apriorística y objetiva, sino que ha de conectarse con la ocasión en que las ofensas se infirieron por el trabajador al superior, y sus circunstancias de lugar y tiempo. (Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 653/1999 Murcia (LA LEY 106346/1999) (Sala de lo Social), de 6 julio Recurso de Suplicación núm. 812/1999). Es por ello que el empleo en ocasiones de expresiones, que pueden ser calificables en términos objetivos de inapropiadas, groseras y soeces, excediendo los moldes educacionales, no deben suponer de manera inercial incurrir en un incumplimiento grave y culpable que determine, sin más, el despido, lo que ha de reservarse para aquellos incumplimientos dotados de una especial significación por su carácter grave, trascendente e injustificado (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1986 (LA LEY 11323-JF/0000) y 31 de marzo de 1987 (LA LEY 2087/1987)) y siempre que la culpabilidad resalte de un modo patente, no cuando resulte atenuada o atemperada en virtud de un momento de ofuscación e ira, aislado y espontáneo. (Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 34/2005 Madrid (LA LEY 19113/2005), Sala de lo Social, Sección 2ª, de 25 enero Recurso de Suplicación núm. 5187/2004, Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 1859/2003 Castilla-La Mancha (LA LEY 163750/2003), Sala de lo Social, Sección 1ª, de 16 octubre Recurso de Suplicación núm. 1339/2003), o se trate de expresiones propias de "un desahogo verbal tras la comunicación de cambio de puesto de trabajo", (Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 2/2005 Madrid (LA LEY 4487/2005) (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 11 enero Recurso de Suplicación núm. 4813/2004).

SEXTO.- Obsérvese, por lo hasta ahora dicho, como las ofensas verbales deben ser enjuiciadas en el contexto y escenario en que se producen, (así, STSJ País Vasco (Sala de lo Social), de 23 junio 2003 (LA LEY 110654/2003) Recurso de Suplicación núm. 1237/2003, o STSJ de Madrid, Sección 1ª, de 16-3-2007 (LA LEY 59045/2007), en el recurso de suplicación 0853/2007, aunque las agresiones físicas son siempre graves en el ámbito laboral (STSJ Andalucía 13-12-1996 (LA LEY 90968-JF/0000)). Además, las ofensas deben analizarse en función de las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida y los medios y circunstancias en que se producen (SSTS 28-2-1990 (LA LEY 1281-JF/0000); 9-4-1990 (LA LEY 12967-R/1990); TSJ Asturias 6-2-1998 (LA LEY 20216/1998)). Así, por ejemplo, no procede cuando el trabajador padece un estado depresivo grave (TS 10-12-1991 (LA LEY 2878-JF/0000)), o en un momento de excitación y ansiedad, existiendo una relación de confianza entre el trabajador y el gerente (TSJ Galicia 22-7-1997) o entre el trabajador y el cliente, siendo previsible la reacción de aquél defendiendo a Curro R. (TSJ Sevilla 22-1-1999 (LA LEY 1738/1999)), o por las expresiones incorrectas, pero propias de hombres que conviven en el trabajo (TS 14-7-1989 (LA LEY 1512-4/1989)), o por falta de un ánimo claro y directo de insultar o menospreciar (Sentencia Tribunal Superior de Justicia Galicia (Sala de lo Social), de 22 julio 1997, Recurso de Suplicación núm. 2831/1997) y, sin embargo, se considera causa de despido de un profesor, la ofensa soez al director del colegio, en presencia del conserje (TS 29-5-1990 (LA LEY 1253-4/1990)).

SÉPTIMO.- A la luz de los anteriores parámetros judiciales de interpretación, los incumplimientos imputados a la trabajadora en la carta de despido no son, a la vista de los hechos y circunstancias que lucen en la resultancia fáctica de la sentencia, merecedores del máximo reproche que el ordenamiento jurídico laboral reserva para la declaración de procedencia del despido, antes bien, somos del criterio de que su calificación como improcedente es ajustada a Derecho, si se tiene en cuenta, como impecablemente razona el Magistrado en la instancia, las palabras tiene un distinto significado según el tono en que se profieren, el contexto y el ánimo de insultar, y en función de

todas estas circunstancias es cuando deberá valorarse si existe o no ánimo de ofender o injuriar.

OCTAVO.- Al hilo de lo anteriormente razonado, *las expresiones dirigidas por la actora a su superior "eres un ladrón y un hijo de puta" no pueden ser entendidas de un modo literal ni en su significación simplemente semántica, sino en conexión a la situación extremada de tensión y conflicto laboral existente en la empresa, por el hecho de dirigirse la trabajadora al Director General en reclamación de una comisión que entendía le correspondía y que su superior negó aseverando la venta la había realizado él, a lo que se añade la situación de ansiedad por la que atravesaba la demandante y que hizo necesario la presencia del SAMUR, que logró tranquilizarla. Todo ello, en fin, y como se desprende del relato fáctico, en un contexto de reducción de salarios a los trabajadores, situación de crisis económica de la empresa, temor a no cobrar en el futuro, y ponderando todas y cada una de las circunstancias concurrentes no estimamos exista el ánimo ofensivo que justifique el despido*, por todo lo cual el segundo motivo del recurso no prospera.

NOVENO.- El último motivo, ordenado como cuarto, censura infracción del art. 56.2 del ET y 110.1 LPL, aduciendo que el juicio se señaló para el 19 de mayo de 2009, pero quedó suspendido por cuanto no se citó al Ministerio Fiscal, y ello en razón de que en demanda se pedía la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales y, subsidiariamente la improcedencia, volviéndose a señalar para el 16 de julio de ese año, retraso que estima es imputable a la actora por no solicitar en demanda la citación del Ministerio Fiscal, por lo que suplica se excluya del cómputo de salarios de tramitación del 19 de mayo a 16 de julio de 2009.

El motivo viene abocado al fracaso, puesto que, aparte de no hacerse esta observación por la empresa al suspenderse el juicio el 16 de julio de 2009, la citación del Ministerio Fiscal, una vez la demanda pidió la declaración de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, debió hacerse de oficio por el Juzgado, conforme al art. 81 LPL.

Por lo razonado, el recurso se estima a los únicos efectos de cuantificar la indemnización del despido en 6.282, 60 euros, atendiendo a un salario mensual de 3.141,38 euros, y haber diario de 104, 71 euros para los salarios de tramitación, para lo cual la Sala aplica la doctrina contenida en STS de 31 octubre 2007 (LA LEY 180247/2007), en el Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4181/2006, de "prorratear en todo caso por meses [y no por días en ningún caso] los períodos de tiempo inferiores a un año".

Sin costas, en aplicación del art. 233 LPL.

F A L L A M O S

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por ATLANIS STRATEGIC MEDIA SPAIN SL contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid, de fecha 21 de junio de 2009, en sus autos nº 377/09, en virtud de demanda interpuesta por Doña Bibiana contra la citada empresa recurrente, y con revocación parcial de la meritada sentencia, fijamos la indemnización por despido improcedente en 6.282, 60 euros y el haber diario en 104,71 euros para los salarios de tramitación, confirmándola en todos los demás extremos. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse

mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la ley procesal laboral. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del depósito de 300 euros conforme al art. 227.2 L.P.L. y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000035 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español Crédito, sucursal número 1026, sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010 de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION.-

Leída y publicada fue la anterior sentencia el,por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.