



Roj: **STSJ M 12108/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:12108**

Id Cendoj: **28079340022023100962**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **08/11/2023**

Nº de Recurso: **266/2023**

Nº de Resolución: **970/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **YOLANDA MARTINEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm 41, 05-01-2023 (proc. 741/2022) ,
STSJ M 12108/2023**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34001360

NIG: 28.079.00.4-2022/0081778

Procedimiento Recurso de Suplicación 266/2023 - LO

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid Despidos / Ceses en general 741/2022

Materia: Despido

Sentencia número: 970/2023

Ilmos. Sres

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. YOLANDA MARTINEZ ALVAREZ

D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

En Madrid a ocho de noviembre de dos mil veintitrés habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 266/2023, formalizado por el/la GRADUADO SOCIAL D./Dña. CRISTINA DIAZ DIEZ en nombre y representación de EL CALLEJON DE SERRANO SL, contra la sentencia de fecha 5 de enero de 2023 dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general



741/2022, seguidos a instancia de D./Dña. Julio frente a EL CALLEJON DE SERRANO SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. YOLANDA MARTINEZ ALVAREZ, 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.-** La parte actora ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada desde el 3-3-2017, con la categoría profesional de técnico de sonido, y salario mensual bruto según las dos últimas nóminas de abril y mayo de 2022 de 827 euros con inclusión de prorrateo de pagas extras.

SEGUNDO.- El día 23 de junio de 2022 el trabajador recibe burofax en que se comunica su despido con efectos de ese día, según lo establecido en el art. 54.2 a), d), d) y e) del ET - y arts. 39.1, 39.10, 40.6, 40.11 y 41.11.C) del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería debido a su comportamiento y actitud hacia trabajadores de la empresa y superiores directos, que incluyen ofensas verbales, disminución del rendimiento en su trabajo habitual, asistir a su puesto de trabajo bajo los efectos del alcohol o alguna sustancia que merma su capacidad cognitiva, faltas de puntualidad reiteradas y transgresión de la buena fe contractual. Obra en autos y se da por reproducida.

TERCERO.- El actor fue sancionado los días, 6, 7 y 12 de mayo por retraso injustificado con una falta leve (doc. 1 3 empresa).

CUARTO.- El actor estuvo en situación de I.T desde el 11 de abril al 19 de abril de 2022. Al entender que no se le había abonado correctamente la nómina, comenzó a enviar correos a D. Marcelino del Departamento de Personal para que se le abonase lo que consideraba correcto, tal y como se describen en la carta de despido (hechos reconocidos).

QUINTO.- El actor inició situación de I.T. el 6-6-2022 con síntomas y signos no especificados que afectan a las funciones cognitivas y la conciencia.

SEXTO.- Se presentó papeleta de conciliación ante le SMAC el día 21-7-2022, teniéndose el acto por intentado y sin avenencia el 26-8-2022".

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

" Que estimando la demanda formulada por D. Julio en materia de despido contra la empresa EL CALLEJON DE SERRANO S.L., DEBO DECLARAR Y DECLARO LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO DEL ACTOR, condenando a dicha empresa demandada a que en el plazo de cinco días opte ante este Juzgado entre la readmisión de la parte actora, o el abono de una indemnización de 4.785,27 euros, más en el primer caso, los salarios devengados desde la fecha de efectividad del despido, 23-6-2022, a razón de 27,19 euros brutos diarios, descontando, en su caso, en ejecución, lo percibido en otro empleo, durante ese lapso, por desempleo, o los períodos de incapacidad temporal ".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte EL CALLEJON DE SERRANO SL, 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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 25 de octubre de 2023 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.- Disconforme la empresa demandada con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación con la doble finalidad de revisar la declaración fáctica y examinar el derecho aplicado en dicha resolución.

La letrada de la parte demandada ha impugnado el recurso por los motivos que expone en el escrito presentado.

Así, en el primer motivo del recurso la actora solicita, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, la revisión de hechos declarados probados.

La Jurisprudencia relativa a los requisitos que han de darse para la procedencia de la reforma de los hechos probados en el recurso de casación (SSTS 23/04/12 (RJ 2012, 5868), Rec. 52/11 y 26/09/11 (RJ 2011, 7615) , Rec. 217/10), cuya doctrina resulta aplicable al de suplicación, dado su carácter extraordinario y casi casacional (STC 105/08 (RTC 2008, 105) , 218/06 (RTC 2006, 218) , 230/00 (RTC 2000, 230), subordina su prosperabilidad al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Indicar el hecho expresado u omitido que el recurrente estime equivocado, siendo posible atacar la convicción judicial alcanzada mediante presunciones, si bien para ello resulta obligado impugnar no solo el hecho indiciario de la presunción judicial sino también el razonamiento de inferencia o enlace lógico entre el mismo y el hecho presunto (STS 16/04/04, RJ 2004\3694 y 23/12/10 (RJ 2004, 3694), Rec. 4.380/09)

Debe tratarse de hechos probados en cuanto tales no teniendo tal consideración las simples valoraciones o apreciaciones jurídicas contenidas en el factum predeterminantes del fallo, las cuales han de tenerse por no puestas (STS 30/06/08, RJ 138/07 (RJ 2008, 7046)), ni tampoco las normas jurídicas, condición de la que participan los convenios colectivos, cuyo contenido no debe formar parte del relato fáctico (SSTS 22/12/11 (RJ 2012, 1883), Rec. 216/10)

b) Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera evidente, manifiesta y clara, sin que sean admisibles a tal fin, las meras hipótesis, disquisiciones o razonamientos jurídicos.

c) Al estar concebido el procedimiento laboral como un proceso de instancia única, la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica, de ahí que la revisión de sus conclusiones únicamente resulte viable cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de medios de prueba hábiles a tal fin que obren en autos, no siendo posible que el Tribunal ad quem pueda realizar una nueva valoración de la prueba, por lo que, debe rechazarse la existencia de error de hecho, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.

Como consecuencia de ello, ante la existencia de dictámenes periciales contradictorios, ha de aceptarse normalmente el que haya servido de base a la resolución que se recurre, pues el órgano de instancia podía optar conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que estimara más conveniente y le ofreciera mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba quepa la consideración aislada de alguno de sus elementos y solo pudiendo rectificarse aquel criterio por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida.

d) El contenido del documento a través del que se pretende evidenciar el error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia no puede ser contradicho por otros medios de prueba y ha de ser literosuficiente o poner de manifiesto el error de forma directa, clara y concluyente.

Además, ha de ser identificado de forma precisa concretando la parte del mismo que evidencie el error de hecho que se pretende revisar, requisito este último que se menciona de manera expresa en el Art. 196.3 LRJS al exigir que en el escrito de formalización del recurso habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados el concreto documento o pericia en que se base el motivo

e) Fijar de modo preciso el sentido o forma en el que el error debe ser rectificado requiriendo expresamente el apartado 3 del Art. 196 LRJS que se indique la formulación alternativa que se pretende.

f) Que la rectificación, adición o supresión sean trascendentes al fallo es decir que tengan influencia en la variación del signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida.

g) La mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho.

Solicita la parte recurrente la revisión del hecho probado cuarto a fin de que se adicione un nuevo párrafo, hecho probado en el cual se recoge:



"CUARTO.- El actor estuvo en situación de I.T desde el 11 de abril al 19 de abril de 2022. Al entender que no se le había abonado correctamente la nómina, comenzó a enviar correos a D. Marcelino del Departamento de Personal para que se le abonase lo que consideraba correcto, tal y como se describen en la carta de despido (hechos reconocidos)"

Y considera que debe recoger lo siguiente:

"El actor estuvo en situación de I.T desde el 11 de abril al 19 de abril de 2022. Al entender que no se le había abonado correctamente la nómina, comenzó a enviar correos a D. Marcelino del Departamento de Personal para que se le abonase lo que consideraba correcto, tal y como se describen en la carta de despido (hechos reconocidos). Tras explicarle la empresa en repetidas ocasiones, que su nómina estaba bien calculada, no ha cejado en enviar email de un contenido totalmente fuera de lugar, irrespetuosos, con amenazas, insultos, e incluso audios por WhatsApp, a altas horas de la madrugada".

La revisión la ampara en el folio 90 de las actuaciones.

El motivo no se admite, pues lo que pretende es que incluya una valoración del contenido de los correos electrónicos cuyo contenido que constan detallado en la carta de despido; y en cuanto a los audios enviados a través de la aplicación WhatsApp, el documento que obra al folio 90 es la carta de despido, que por sí misma no constituye prueba de tales hechos, pues la parte demandante únicamente reconoció en el acto del juicio el contenido de los correos electrónicos.

SEGUNDO.- Al examen del derecho dedica la actora el motivo Segundo de su recurso, que desarrolla al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, denunciando la infracción del artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores, alegando que el incumplimiento contractual del trabajador ha de ser grave y culpable para justificar el despido, y que las amenazas proferidas por el demandante son todas de la suficiente entidad como para entender que, si no se accede a su pretensión, injustificada y equivocada, va a causar un daño a la persona a la que van dirigidas, que todas las amenazas, son reiteradas, y de la suficiente entidad como para proceder al despido disciplinario, con un claro ánimo de ofender, y amenazar.

Añade que "las amenazas prosiguieron tras el despido, no hubo arrepentimiento, y se encontraban en fase de Instrucción en el Juzgado Nº 53 de Madrid, aportando en el acto del juicio auto, de 8 de diciembre, DOCUMENTO Nº 18 de la parte demandada, folios 141 y 142. Pues bien, a día de hoy, se ha dictado una orden de alejamiento contra el demandante, a la espera de determinar continuando la tramitación de las Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado, por si los hechos atribuidos a Julio fueren constitutivos de una infracción penal. Se aporta, como documento nº 1 el AUTO NÚMERO 309/2023 de dicho Juzgado, para que quede constancia de la realidad de dichas amenazas."

Comenzando por este último alegato hemos de poner de relieve que el documento aportado con el escrito de formalización del recurso de suplicación no puede ser tenido en consideración por la Sala para la resolución del recurso, ya que es un documento que no cumple los requisitos establecidos en el artículo 233 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por lo siguientes motivos.

El artículo 233.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que "La Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición, con devolución en su caso a la parte proponente de dichos documentos, de no acordarse su toma en consideración. De admitirse el documento, se dará traslado a la parte proponente para que, en el plazo de cinco días, complemente su recurso o su impugnación y por otros cinco días a la parte contraria a los fines correlativos".

Con ello concuerda el art. 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, después de establecer la misma prohibición sobre admisión de documentos después de la vista o juicio, añade: "Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o rectificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso...".

De lo anterior se desprende que los únicos documentos que podrán ser admitidos en estas circunstancias son las sentencias y las resoluciones judiciales o administrativas firmes, así como otros documentos, pero siempre que unas y otras resulten condicionantes o decisivas para resolver la cuestión planteada en la instancia o en



el recurso, y además que no se hubiesen podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables a la parte que lo pretende.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la aportación de documentos se contiene en el auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2019 dictado en el recurso 2436/2018, que dice lo siguiente:

1) En los recursos extraordinarios de suplicación y casación, incluido el de casación para la unificación de doctrina, los únicos documentos que podrán ser admitidos durante su tramitación serán los que tengan la condición formal de sentencias o resoluciones judiciales o administrativas firmes y no cualesquiera otros diferentes de aquellos.

2) La admisión de dichos documentos viene igualmente condicionada a que: a) las sentencias o resoluciones hayan sido dictadas o notificadas en fecha posterior al momento en que se llevaron a cabo las conclusiones en el juicio laboral de instancia. b) Que serán admisibles si, además, por su objeto y contenido aparecieran como condicionantes o decisivas para resolver la cuestión planteada en la instancia o en el recurso, y c) en el caso de que no se trate de documentos de tal naturaleza o calidad, deberán ser rechazados de plano, y serán devueltos a la parte que los aportó, sin que puedan por lo tanto ser tenidos en cuenta para la posterior resolución que haya de dictar la Sala.

3) Los documentos que por reunir aquellos requisitos previos hayan sido admitidos y unidos a los autos producirán el efecto pretendido por la parte sólo en el caso de que la producción, obtención o presentación de los mismos no tenga su origen en una actuación dolosa, fraudulenta o negligente de la propia parte que pretende aportarlos; lo cual será valorado en la resolución (auto o sentencia) que proceda adoptar en definitiva.

3) Cuando el documento o documentos aportados reúna todas las anteriores exigencias la Sala valorará en cada caso su alcance en la propia sentencia o auto que haya de dictar.

En el presente caso el documento aportado es un auto de fecha 7 de febrero de 2023 dictado en las Diligencias previas 1553/2022 instruidas por el Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid, siendo denunciante Marcelino y denunciado el trabajador Julio, por hechos sucedidos el día 23 de junio de 2022 después de la comunicación del despido, auto en el que se acuerda continuar la tramitación de las Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado, por si los hechos atribuidos a Julio fueren constitutivos de un infracción penal, resolución judicial cuya firmeza no consta pues es susceptible de recurso de reforma; sin que se haya aportado con posterioridad la certificación de firmeza o el auto de apertura de juicio oral frente a Julio.

Por tanto, para la resolución del recurso no es posible tener en consideración dicho documento.

La cuestión que se plantea es determinar si los correos electrónicos detallados en la carta de despido enviados por el trabajador demandante a Marcelino del Departamento de Personal, contienen ofensas verbales graves y amenazas con la suficiente entidad como para ser consideradas incumplimientos muy graves justificativos del despido.

Hemos de partir del relato de hechos probados de la sentencia, que en el hecho probado cuarto dice: "El actor estuvo en situación de I.T desde el 11 de abril al 19 de abril de 2022. Al entender que no se le había abonado correctamente la nómina, comenzó a enviar correos a D. Marcelino del Departamento de Personal para que se le abonase lo que consideraba correcto, tal y como se describen en la carta de despido (hechos reconocidos)."

El contenido de los correos electrónicos es el siguiente:

1.-Domingo 19-06-2022 recibido a las 5:57 horas por D. Marcelino, asunto: "YA ESTAS TARDANDO", y con el siguiente contenido:

"En cuanto te levantes lo ingresas si o si, no juegues...te lo advierto".

2.- Domingo 19-06-2022 recibido a las 5:46 horas por D. Marcelino, asunto: "Y tú me hablas a mí de respeto", y con el siguiente contenido:

Jajajaja,jajajaja, me descojono de nuevo multiplicado por chorrocientos. Tú y tus lacayos no tenéis ni idea lo que ves es el respeto.

Sois lo que se llama una persona que no tiene vergüenza,...cómo se llama?Pues eso.

3.- Domingo 19-06-2022 recibido a las 5:33 horas por D. Marcelino, asunto: "Y te lo juro", y con el siguiente contenido:

"Te juro por el Rey Arturo que si se demuestra por tu parte que todavía no me lo has demostrado las cantidades, que me callo la boca y no te lo devuelvo y te hago un buen regalo por mi insistencia.

Palabra de hombre...



Entonces, primero ingrésalo y luego me lo demuestras..Ok."

4.- Domingo 19-06-2022 recibido a las 5:26 horas por D. Marcelino , asunto: "Yeerr", y con el siguiente contenido:

"Qué sé dónde está la oficina, no ves que no soy tonto como otros,.....jajajaja,jajajaja, he jugado con estos personajes a que me digan la dirección y parecen *****ss.....jajaja.

Que ya soy bastante listo como para superar a súbditos que a órdenes de otros les han dado una orden.....jajajaja,jajajaja,jajajaja".

5.- Domingo 19-06-2022 recibido a las 5:22 horas por D. Marcelino , asunto: "Y ni se te ocurra responder", y con el siguiente contenido:

"Ni se te ocurra, tú solamente ingrésame de una puta vez mi dinero y a callar. Hazlo que esto está llegando a un punto que me parece a mí que no sabes con quién estás jugando, sólo si fueras de la mafia me asustaría un poco, pero ni aun así, pues yo no soy un crío criado en un buen barrio, que en mi barrio la gente no juega...

Te digo que si no me paso el lunes y no te va a gustar.

VENGA COÑO, COJONES, HOSTIAS, ME CAGO EN DIOS"

6.- Domingo 19-06-2022 recibido a las 5:10 horas por D. Marcelino , asunto: "Venga", y con el siguiente contenido:

"Y tú dirás, porque te hablo así.

Pues porque me parece a mí que tú eres más de barrio bajo que yo, pero mucho más.

Que en mi barrio hay gitanos, kinkis, macarras, chorizos como algunos que yo me sé y sé lidiar con ellos bastante bien, lo cual contigo también.

Venga es una orden, que yo a tu lado soy sargento mayor".

7.- Domingo 19-06-2022 recibido a las 5:05 horas por D. Marcelino , asunto: "Y esta es la última vez que te aviso", y con el siguiente contenido:

"Venga ya, ya, ya hostias".

8.- Domingo 19-06-2022 recibido a las 5:04 horas por D. Marcelino , asunto: "estoy hasta la polla", y con el siguiente contenido:

"Cómo te lo digo?

O ingresas el dinero o me paso por la oficina acompañaos?

Tú verás, me parece a mí que me estás vacilando demasiado.....

Venga, como no esté mi, mi mi, dinero.....no tuya cojones, hoy domingo te hago una visita el lunes.....y no es una amenaza, va a ser real,.....que tú me parece a mí que hay que hablarte así para que lo entiendas.....

Los que se quedan con dinero de los demás sólo tienen un nombre y ya sabes cuál es.

No te voy a dar más oportunidades.

ME CAGO EN DIOS"

9.- Lunes 20-06-2022 recibido a las 5:10 horas por D. Marcelino , asunto: "necesito urgente anticipo nómina", y con el siguiente contenido:

"Ya que usted no quiere o no puede ingresar lo que falta de mi baja, me gustaría que al día de hoy me ingresase un anticipo de nómina pues usted debe y puede hacerlo.

La cantidad que necesito sería de 200 euros

Gracias

Un saludo y que pase usted un buen día"

10.- Martes 21-06-2022 recibido a las 7:57 horas por D. Marcelino , asunto: "Tiene cojones", y con el siguiente contenido:

"Pero bueno,.....tú no sabes que negarme un anticipo es una infracción grave? Se te están juntando muchas infracciones,.....tú te crees que te van a salir gratis? Pues no hijo, pues no.

Estoy alucinando del poco cerebro que tenéis.....



Bueno si no entras en razones ya te harán entrar en ellas,.....

Además, tú respetas a alguien?

Pues vas a joder a muchas personas cuando os cierran todo para hacer la inspección..... Vas a dejar a mucha gente sin trabajo por tu tontería?

Mira lo que te digo,.....

Me parto, me mondo y me troncho de risa,.....

Como se puede ser tan t****"

10.- Martes 21-06-2022 recibido a las 8:01 horas por D. Marcelino , asunto: "Pide la dimisión", y con el siguiente contenido:

"Ten huevos y coraje y deja tu puesto de no hacer bien tu trabajo y deja el puesto a alguien que haya estudiado y valga para ello pues lo siento pero tú no estás preparado,.....reconócelo..... por dios, despierta".

Vemos que el trabajador procede a enviar un total de diez correos en un periodo muy corto de tiempo (hasta 8 correos entre las 5 y las 6 de la mañana del día 19 de junio de 2022), con la clara finalidad de presionar, amedrentar, humillar y doblegar la voluntad del responsable del departamento de personal para conseguir su objetivo, consistente que le abonara una cantidad que el trabajador consideraba se le adeudaba, todo ello a pesar de que la empresa ya le había informado de que la nómina que le habían abonado con la prestación de la incapacidad temporal era correcta; para ello no se limita a reclamar el pago de lo que considera que es suyo, sino que emplea un lenguaje soez, agresivo verbalmente, imperativo, amenazante, despreciativo y humillante hacia la persona de Marcelino , dejando además entrever que si no accede a sus pretensiones se presentará en el centro de trabajo al día siguiente acompañado de alguien con la clara finalidad de asustarle, amedrentarle y doblegar su voluntad.

La conducta del trabajador ha traspasado todos los límites, exigiendo de malas formas el pago de una cantidad (cuyo importe desconocemos) empleando un lenguaje intolerable e imperativo, para lo cual no duda en acosar verbalmente al responsable de recursos humanos mediante el envío de multitud de correos electrónicos empleando intencionadamente un lenguaje totalmente agresivo, imperativo, déspota, despreciativo y humillante, lo que pone de manifiesto una evidente y absoluta falta de respeto hacia la persona responsable del departamento de recursos humanos, y amenazando con presentarse al día siguiente en el centro de trabajo acompañado, es decir, con la clara finalidad de asustar y amedrentar al responsable de recursos humanos.

Es por tanto de aplicación el V Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el sector de la Hostelería aprobado por resolución de 6 de mayo de 2015, texto convencional que contempla en su artículo 40 apartado 6, como faltas muy graves, "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 y público en general".

Y el artículo 41.1c) del mismo texto que sanciona con suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días o despido disciplinario las faltas muy graves.

En el presente caso nos hallamos ante una conducta calificable de falta muy grave, toda vez que, en el periodo comprendido entre los días 19 y 21 de junio de 2022, el demandante faltó manifiestamente al respeto al responsable del departamento de recursos humanos de la empresa de forma reiterada, mediante el envío de hasta un total de diez correos electrónicos con un contenido soez, amenazante, imperativo, despreciativo, humillante, injurioso y calumnioso al acusarle de apropiarse del dinero ajeno, todo lo cual consideramos que supone un claro atentado a la dignidad de la persona; por ello estimamos que la conducta del trabajador queda subsumida en el artículo 40.6 del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el sector de la Hostelería que tipifica como falta muy grave "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 y público en general".

La gravedad de los hechos deriva tanto de los insultos, desprecios y amenazas que contiene los correos electrónicos, como por la reiteración de la conducta y el acoso, pues hay que tener en cuenta que el trabajador envió un total de 8 correos el día 19 de junio con tono agresivo e insultante con la clara finalidad de amedrentar al destinatario de los correos, responsable del departamento de personal.

No consideramos aplicable en el presente caso la teoría gradualista en la aplicación de la sanción de despido, que es aquella que implica la posibilidad de revisar la sanción impuesta por razón de tener en cuenta las diversas circunstancias concurrentes, por acomodación del despido a las causas previstas, atendiendo la culpabilidad del trabajador, sin posibilidad de suplantar la facultad sancionadora, pero con autorización para formular su adecuación (TS 2-4-92 (RJ 1992, 2590) y 2-1-91 (RJ 1991,44);como destaca, entre otras



muchas, la STS/IV 27-enero-2004 (RJ 2004, 1500) (rcud 2233/2003), es doctrina de esta Sala la de que "el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (sentencias de 19 y 28 febrero(RJ 1990, 1248) 6 abril y 18 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4356), 16 mayo 1991 y 2 de abril y 30 de mayo de 1.992 (RJ 1992, 3626), entre otras) ".

En el presente caso el trabajador demandante con una antigüedad de 3 de marzo de 2017, ya había sido sancionado los días 6, 7 y 12 de mayo por retrasos injustificados y calificadas las infracciones como falta leve, envía reiterados correos electrónicos (en total 10) al empleado del departamento de personal con el contenido anteriormente expuesto exigiendo el pago de una cantidad de dinero al no estar conforme con la nómina percibida, pese a la que la empresa ya le había informado de que la nómina era correcta, el inicio del proceso de incapacidad temporal el 6 de junio de 2022 con síntomas y signos no especificados que afectan a las funciones cognitivas y de la conciencia no atenúa la gravedad de su conducta, cuando no consta en absoluto que tuviera sus facultades volitivas y cognoscitivas anuladas o afectadas hasta el punto de no tener conciencia de la ilicitud de su comportamiento.

En consecuencia, no se aprecian circunstancias que justifiquen la aplicación de la teoría gradualista, pues la conducta del trabajador no tiene justificación alguna y no concurren circunstancias que podamos considerar como atenuantes de la responsabilidad disciplinaria.

Por todo lo expuesto, estimamos este motivo de recurso y declaramos procedente el despido del trabajador demandante, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

TERCERO.- Conforme a lo establecido en el artículo 216 de la LRJS procede la devolución de todas las consignaciones y del depósito y la cancelación de los aseguramientos prestados.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando como estimamos el recurso de suplicación formulado por la graduada social Dña Cristina Díaz Díez en representación de la empresa El Callejón de Serrano SL contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 41 de Madrid, dictada en fecha 5 de enero de 2023 en los autos nº 741/2022, debemos revocar la sentencia, y en su lugar, desestimamos la demanda de despido interpuesta por D. Julio contra la empresa El Callejón de Serrano SL declaramos procedente el despido efectuado el 23 de junio de 2022, absolviendo a la empresa de las pretensiones deducidas en la demanda.

Se acuerda la devolución a la empresa recurrente de todas las consignaciones y del depósito, así como la cancelación de los aseguramientos en su caso prestados.

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 de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0266-23 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el



ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827- 0000-00-0266-23.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales 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.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO