



Roj: **STSJ M 3904/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:3904**

Id Cendoj: **28079340052022100179**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **28/03/2022**

Nº de Recurso: **82/2022**

Nº de Resolución: **187/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social**

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

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

**NIG:** 28.079.00.4-2021/0054019

**Procedimiento Recurso de Suplicación 82/2022**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 03 de Madrid Despidos / Ceses en general 620/2021

**Materia:** Despido

**Sentencia número: 187/2022**

**Ilmas. Sras**

**Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU**

**-PRESIDENTE-**

**Dña. MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ**

**Dña. ANA ORELLANA CANO**

En Madrid a veintiocho de marzo de dos mil veintidós habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 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 82/2022, formalizado por el/la LETRADO D. CARLOS VIRGILI RIBE en nombre y representación de DIESEL IBERIA SA, contra la sentencia de fecha 25 de octubre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social nº 03 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 620/2021, seguidos a instancia de D./Dña. Teodoro frente a DIESEL IBERIA SA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARIA BEGOÑA GARCIA 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.- El actor ha venido prestando servicios para la demandada desde el 1 de septiembre de 2017 con la categoría profesional de dependiente en jornada de 30 horas semanales percibiendo una retribución bruta mensual con p.p. de 1.100,52 euros (promedio retribución último año).*

*SEGUNDO.- Mediante carta de 29.04.2021 la empresa notifica despido al trabajador con efectos del mismo día, nos remitimos al contenido de la carta de despido obrante en las actuaciones.*

*TERCERO.- El día 12.04.2021 en el centro de trabajo donde venía prestando servicios el demandante, en la calle Serrano 14, se produjo una discusión entre el demandante y su compañero Leoncio cuando éste le dijo a aquel "Cuál es tu año de nacimiento?, ahí va uno de tu edad..." a lo que el actor le replicó que "Que tenía la cabeza como la basura, vacía". Así como "Eres una mariquita mala, y vas a terminar sola". Leoncio le contestó "Yo también pienso muchas cosas de ti, pero mejor cada uno por su camino". Interviniendo entonces el Supervisor Pablo para que se calmaran los ánimos, cuando pasaron a la zona de vestuarios el actor le volvió a decir al Sr. Leoncio "Eres mala, marica mala, nadie te quiere".*

*Cuando sucedieron estos hechos no había ningún cliente en la tienda. El actor es el trabajador de más edad del centro (44 años).*

*El ambiente de trabajo es proclive a ese tipo de calificativos como se acredita por los wasaps que aporta la demandante a su ramo de prueba (documento nº 6) intercambiados entre el actor y el supervisor Pablo en múltiples ocasiones y que en el acto de la vista fueron reconocidos por éste.*

*CUARTO.- El actor padeció un trastorno de ansiedad generalizada, según informe del Hospital fundación Jiménez Díaz de fecha 25.06.2021 obrante al documento nº 5 del ramo de prueba del demandante.*

*QUINTO.- Obra al documento nº 5 del ramo de prueba de la demandada Código Ético de la empresa.*

*SEXTO.- La parte actora desistió en el acto del juicio de la reclamación de cantidad, habiendo percibido las cuantías inicialmente reclamadas.*

*SÉPTIMO.- El actor no ostenta la condición de representante de los trabajadores.*

*OCTAVO.- Se intentó la conciliación preceptiva previa ante el SMAC."*

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

*"Estimando la demanda de despido interpuesta por D. Teodoro frente a la empresa DIESES IBERIA, S.A. declaro Improcedente el despido del demandante efectuado el día 29 de abril de 2021, con efectos de ese mismo día, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración debiendo optar en el plazo de 5 días desde la notificación de la presente Sentencia, entre la readmisión del trabajador, con el abono de los salarios de tramitación a razón de 36,68 euros/día o el abono de la cantidad de 4.377,96 euros en concepto de indemnización.*

*En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.*

*La opción deberá ejercitarse mediante escrito o por comparecencia ante la oficina del Juzgado dentro del plazo de 5 días desde la notificación de esta resolución sin esperar a la firmeza.*

*Se tiene por desistida a la actora de la pretensión relativa a la reclamación de cantidad."*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DIESEL IBERIA SA, 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 en fecha 01/02/2022, 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 23 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:** Frente a la sentencia de instancia, que estimó la demanda de despido formulada por el actor, y declaró la improcedencia del mismo, se alza la empresa en suplicación, articulando su recurso a través de cuatro motivos de revisión fáctica y dos de censura jurídica, con amparo procesal respectivo en los apartados b) y c) del art. 193 de la ley Reguladora de la Jurisdicción social.

Dicho recurso fue impugnado de contrario por la parte actora, oponiéndose a su estimación, y formulando con carácter previo un motivo un motivo de inadmisión del recurso, con base en el art. 198 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por falta de designación del domicilio de la empresa recurrente, en la Sede del TSJ.

No procede acoger tal causa de impugnación, toda vez que tal omisión de la recurrente, respecto de la designación de domicilio en la sede de este Tribunal a efectos de notificaciones es un defecto subsanable que, en cuanto tal, no impide conocer y decidir las cuestiones que el recurrente plantea en el presente trámite; y lo cierto es que la Letrada de la Administración de Justicia, en DIOR de 18-11-21 requirió al Letrado para que, anunciado recurso de suplicación, designase tal domicilio en su escrito de formalización, sin otorgarle plazo alguno, y en DIOR de 24-11-21 se tuvo por formalizado el recurso; quedando firme dicha resolución.

La jurisprudencia constitucional ha venido preconizando la subsanación de defectos formales de escasa trascendencia que no dañen la seguridad ni los intereses de la parte contraria, exigiendo de los órganos judiciales el rechazo de una interpretación formalista y desproporcionada del cumplimiento de los requisitos procesales que cierre el acceso al recurso de manera incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (así, SSTC 96/1983 [ RTC 1983\96], 140/1986 [RTC 1986\140], 239/1991 [ RTC 1991\239], 12/1993 [ RTC 1993\12], 193/1993 [ RTC 1993\193] y 353/1993 [ RTC 1993\353]).

Amén de lo anterior, y a pesar del contenido del precepto referido de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no debe olvidarse lo establecido en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, y en el Acuerdo de 26 de marzo de 2009 del Consejo General del Poder Judicial (BOE 16-05-2009), a cuyo tenor, el sistema que debe utilizarse a efectos de notificaciones es LexNet, salvo que no se pueda acceder a dicho sistema; y de hecho, observamos que en el presente supuesto, tal ha sido el medio de comunicación entre la empresa demandada hoy recurrente y el órgano judicial.

Con lo cual, dicho requisito ha de entenderse cumplido cuando el cauce de notificación es electrónico, por el uso del sistema Lexnet, puesto que esta es la vía preceptiva de comunicación; y resulta innecesario exigir la identificación de un domicilio físico, no siendo esta la vía de comunicación del órgano judicial con la parte; así pues, actualmente, la referencia del artículo 198 de la LRJS ha de entenderse hecha al sistema lexnet cuando esta sea el aplicable. En este sentido, el artículo 8 del Real Decreto 1065/15 disponía que "*la realización de comunicaciones y notificaciones por medios electrónicos se efectuarán a través del sistema LexNet o mediante la sede judicial electrónica correspondiente...*". Por lo que no procede estimar el motivo de inadmisión opuesto por la parte recurrida, debiendo entrar en la resolución del recurso.

**SEGUNDO.-** En el *primero de los motivos* de revisión fáctica, se interesa la variación del hecho probado primero, en cuanto a la antigüedad, que la fija el recurrente en el 18 de septiembre; y el salario, que lo cuantifica en 954,23 euros, como promedio de retribución del último año. Apoya tales revisiones en las nóminas aportadas.

Procede la revisión fáctica en cuanto a la fecha de antigüedad, que fue un hecho indiscutido, y según solicitaba el propio actor en su demanda, y se acreditó con la documental invocada, la antigüedad del actor era la del 18 de septiembre de 2017; no sucede sin embargo lo mismo con la pretendida revisión del salario, por cuanto no identifica el recurrente ningún documento del que extraiga un salario distinto; y de la documental obrante en autos (informes de cotización), a la que se refiere el recurrido, que fue la utilizada por la juzgadora de instancia, se infiere que promedio salarial de los últimos doce meses es el que fija la sentencia recurrida en su ordinal primero. Por lo que el motivos se estima parcialmente, en los términos expuestos.

Se interesa en el *segundo motivo*, la revisión del hecho probado tercero, para el que propone la siguiente redacción:

*"El día 12/4/2021 en el centro de trabajo donde venía prestando servicios el demandante, en la calle Fuencarral nº 19, se produjo una discusión entre el demandante y su compañero Leoncio cuando este le dijo a aquel: "¿Cuál*



es tu año de nacimiento?, ahí va uno de tu edad", a lo que el actor le replicó que "Que tenía la cabeza como la basura, vacía."

Pasados unos minutos, se dirigió a él y le dijo: "Como te vuelvas a meter conmigo te voy a saltar las carillas de un puñetazo. Aquí todo el mundo piensa que eres un mongolo y no te da para más." Así como "Eres una mariquita mala, y vas a terminar sola". Leoncio le contestó: Yo también pienso muchas cosas de ti, pero mejor cada uno por su camino." Interviniendo entonces el supervisor Pablo para que se calmaran los ánimos, cuando pasaron a la zona de vestuarios el actor volvió a decir al Sr. Leoncio "Eres mala, marica mala, nadie te quiere".

Procede la revisión del citado ordinal únicamente en cuanto a la dirección del centro de trabajo del actor, que no es el de Serrano,14, sino el de Fuencarral,19; apoyándose la misma en la documental invocada por el recurrente.

No procede sin embargo variar el resto del contenido, obtenido por la juzgadora de la prueba testifical practicada en el acto del juicio, en concreto, de los Señores Leoncio y Pablo, por no ser esta prueba hábil para fundar la pretendida revisión fáctica.

Y ninguna incongruencia interna cabe ver en la redacción plasmada en el relato fáctico, por el hecho de no consignar como hechos probados, todo lo que figura en la carta de despido, pues como bien se indica en el FJ 2º, el día 12 de abril de 2021 sucedieron los hechos que se detallan en la carta de despido, en los términos que se han relatado al hecho tercero.

Y si bien es cierto que en algunos supuestos, la prueba testifical puede ofrecer "un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (en tal sentido, SSTS 09/07/12 -rc 162/11-; y 18/06/13 -rc 108/12-), lo cierto es que no sucede esto en el presente caso, y el documento invocado por el recurrente es la transcripción realizada de la declaración del propio testigo.

Debemos recordar que las pruebas testificales y los interrogatorios de las partes son pruebas cuya valoración no se puede revisar salvo a través de una prueba documental fehaciente e idónea, pues su práctica va acompañada de unos elementos de convicción que también tienen eficacia probatoria y que permiten al Magistrado tener en cuenta no sólo las declaraciones concretas de los testigos y las partes, sino también cualidades como la credibilidad, claridad, contundencia, vacilación, certidumbre o precisión, aspectos de las declaraciones que no pueden ser valoradas por la Sala por ser el trámite del recurso de suplicación esencialmente escrito, situación que no ha variado porque actualmente las actas de juicio se documenten en un soporte videográfico, ya que no ha existido una modificación legislativa que atribuya a la prueba testifical efectos revisores, manteniéndose esta limitación en los medios probatorios que puedan justificar una revisión en los actuales artículos 193 b) y 196.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social; por todo lo cual, el motivo fracasa.

En un *tercer motivo* de revisión fáctica se pretende la supresión del hecho probado cuarto por tratarse de un informe de fecha posterior al despido, en el que se remite a otros informes médicos que no se aportan; que no fue ratificado en juicio, ni fue reconocido por la parte actora, ni tiene relación con los hechos de la carta de despido.

No procede la interesada revisión, por no apreciarse error en la valoración probatoria de la magistrada de instancia; y el documento referido en el ordinal cuarto es un Informe de Psiquiatría de la Fundación Jimenez Díaz, que a su vez habla de un seguimiento del actor en dicho centro por síntomas compatibles con cuadro depresivo y trastorno de ansiedad; y al que la juzgadora otorgó valor probatorio, sin que se aporte por el recurrente documento o pericia alguna que desvirtúe el contenido de aquel; sin perjuicio de la relevancia que el mismo pueda tener a la hora de valorar los hechos imputados en la carta de despido. El motivo se desestima.

En el *cuarto y último motivo* de revisión fáctica, se interesa la revisión del hecho probado quinto, al que con apoyo en el documento 5 del ramo de la demandada, propone adicionar lo siguiente:

*"con el recibí del actor y su compromiso de respetarlo. En su texto se dice entre otras cosas:*

#### *4.2.4. Mobbing, bullying y acoso sexual*

*El mobbing, el bullying y el acoso sexual no serán, en ningún caso, tolerados por el Grupo. Todo el mundo deberá mostrar sensibilidad y respeto hacia los demás y abstenerse de cualquier conducta que pueda considerarse ofensiva.*

*El acoso sexual hace referencia a conductas no deseadas de carácter sexual expresadas físicamente, de forma verbal o no verbal, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad y la libertad de los que la padecen, creando un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo.*



*El mobbing y el bullying son aquellos actos o tipos de conducta hostiles, agresivos u opresivos, realizados intencionadamente, reiterada y sistemáticamente, como una forma permanente de persecución por parte de personas en una posición más o menos favorable con respecto a la víctima, o por otros trabajadores; tales actos y comportamientos tienen el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona en cuestión, dañando su integridad física o mental, también aislándolas del entorno de trabajo."*

*Por otro lado, no consta en Autos ninguna queja o denuncia del actor contra Leoncio, ya sea a su Supervisor o al Dpto. De RRHH, sobre dicha problemática, u otra diferente, con anterioridad al 9/4/2021 (fecha del whatsapp) "*

Revisión que no procede, al no evidenciarse error alguno por parte de la magistrada de instancia, habida cuenta que el documento 5 de la demandada contiene el Código Ético de la empresa, al que hace remisión expresa el ordinal quinto, lo que incluye su contenido completo, que la Sala puede tomar en consideración, sin necesidad de extractar aquí parte del mismo. Por otra parte, resulta irrelevante el hecho de que el propio documento cinco, en su último folio contenga un acuse de recibo del actor, fechado el 19-09-17, en el que indica haber recibido dicho código Ético, comprometiéndose a leerlo y respetarlo, habida cuenta que no se ha negado tal extremo en los razonamientos vertidos en el acto del juicio; y desde luego en lo que se refiere a la afirmación realizada en el último párrafo del texto alternativo ofrecido por el recurrente, debe recordarse que la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho (así, SSTS 23/11/93 (RJ 1993, 8932) -rco 1780/91 ; 21/06/94 (RJ 1994, 5465) -rcud 3210/93 , 11/11/09 -rco 38/08 , 26/05/09 (RJ 2009, 3119) -rco 108/08 y 06/03/12 -rco 11/11 ) " ( SSTS/IV 23-abril-2012 -rco 52/2011 , 26-julio-2013 -rco 4/2013 , 9-diciembre- 2013 -rco 71/2013 , 19-diciembre-2013 -rco 8/2010 ); y que el error en la apreciación de la prueba únicamente puede fundamentarse en las pruebas documentales y periciales practicadas, careciendo de toda eficacia revisoria la prueba de interrogatorio de partes o de testigos, tal como evidencia la redacción literal del art. 193.b) LRJS. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** En sede de censura jurídica, amparado en el art. 193 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia la interpretación errónea del art. 54.2 ET y art. 108.1 LRJS, argumentando que la sentencia de instancia no valoró debidamente las conductas del actor, que se estimaron acreditadas, reiterando la existencia de incongruencia interna de la sentencia. Sostiene que se produjeron expresiones claramente ofensivas y amenazas, y no fue en plan de broma, de jerga o de colegueo; sino con un ánimos jucandi o animus injuriandi, al tratarse de comentarios hirientes que en aún en un clima relajado no son ninguna broma sino que eran vejatorios, y con la intención de hacer daño, por lo que el despido debería ser declarado procedente, ya que dichas faltas se tipifican como ofensas muy graves en el Código Ético, y en el Convenio colectivo del Sector, en el art... 59 c) 9, como "malos tratos de palabra o falta grave de respeto y consideración a los compañeros". Además, quedaron probadas las amenazas.

Con carácter previo, hemos de pronunciarnos sobre la "**incongruencia interna**" alegada por el recurrente, con base en que declara probadas unas ofensas en la primera parte de la sentencia, y luego las omite a la hora de evaluar sus consecuencias jurídicas.

Se refiere la incongruencia interna al desajuste que se produce en la propia sentencia sin atender a la actividad de las partes, en los supuestos en los que el pronunciamiento o los pronunciamientos de la parte dispositiva, esto es, del fallo de la sentencia, entran en contradicción con los fundamentos o razonamientos de la resolución.

Como recordaba la STS 50/2022 de 19 de enero que "*La "incongruencia interna" puede tener lugar "por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva -"ratio decidendi" - y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos" ( STS - Civ- de 20 de mayo de 2016, recurso 74/2014 , y las citadas en ella). Dicha incongruencia exige una contradicción en la argumentación decisiva de la sentencia y es fácilmente apreciable con el cotejo entre la motivación contenida en los fundamentos jurídicos y el fallo. En esas situaciones se infringen el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como hemos puesto de relieve en nuestra STS de 14 de octubre de 2020 (RJ 2020, 4503), Rec. 185/2019 . "*

Efectivamente los casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, entendiendo que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la sentencia que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005 de 28 de febrero (RTC 2005, 42) ; 140/2006, de 8 de mayo (RTC 2006, 140) y 127/2008, de 27 de octubre (RTC 2008, 127) ).

Y lo cierto es que no se produce tal desajuste en el supuesto aquí analizado, en el que la juzgadora plasma en el hecho probado tercero, las conductas acreditadas, de las imputadas en la carta de despido; se remite a las mismas en la fundamentación jurídica, y razona sobre su gravedad, valorando para ello las circunstancias



concurrentes, llegando a la conclusión de que la conducta carece de gravedad como para justificar el despido disciplinario; y en la parte dispositiva estima la demanda, y declara improcedente el despido, por lo que ninguna incongruencia es apreciable en el supuesto analizado.

**CUARTO.-** De la lectura de la carta de despido, observamos que se imputa al actor una falta muy grave, contemplada en el art. 59 c) 9 y 10 del Convenio colectivo del sector, tipificadas en el mismo de la siguiente forma:

*"malos tratos de palabra u obra o la falta grave de respeto y consideración a sus jefes o a sus familiares, así como a los compañeros y subordinados".(art. 54.c) 9)*

*Y " toda conducta, en el ámbito laboral, que atente gravemente al respeto de la intimidad y dignidad mediante la ofensa, verbal o física, de carácter sexual. Si la referida conducta es llevada a cabo prevaliéndose de una posición jerárquica, supondrá una circunstancia agravante de aquella". (art. 54.c) 10)*

Y el art. 54.2 d) ET considera incumplimiento contractual las "ofensas verbales o físicas....a las personas que trabajan en la empresa". Y justifica la extinción el art. 54.1 ET, en caso de ser grave y culpable.

En cuanto a las ofensas verbales y físicas, el Tribunal Supremo ha reiterado que en el desenvolvimiento de la relación jurídico laboral se exige en todo caso, el mantenimiento de unos niveles de respeto recíproco, sin que la defensa del propio o colectivo interés laboral comporten la desaparición del propio orden disciplinario ni autoricen a adoptar conductas de desprecio e insulto hacia las personas que asumen la titularidad o representación empresarial; y deben ser las circunstancias concretas de cada supuesto específico, las que hayan de determinar su valoración a efectos de la calificación extintiva, ya que para que se pueda calificar una conducta de culposa, es precisa su intencionalidad, lo que es condicionante de la imputabilidad plena y de los efectos que le son correlativos, a saber, la sanción disciplinaria en su grado máximo; no siendo preciso sin embargo, que estemos ante una conducta reiterada o actos repetidos, bastando una ofensa aislada, que valorada en sí misma y en conjunción con las circunstancias concurrentes, justifiquen la imposición de la máxima sanción; teniendo en cuenta la existencia o no de provocación.

Así las cosas, y recapitulando, como recordaba la Sentencia del Tribunal supremo de 27-01-04 es doctrina de la Sala IV, 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 ( RJ 1990, 1111) y 28 febrero 6 abril ( RJ 1990, 3121 ) y 18 de mayo de 1990 ( RJ 1990 , 4356) , 16 mayo 1991 ( RJ 1991, 4171 ) y 2 de abril y 30 de mayo de 1.992 ( RJ 1992, 3626) , entre otras) "*.

Dicho lo anterior, en el enjuiciamiento de la sanción de despido, cuya excepcional gravedad es incuestionable, los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, valorando las circunstancias concurrentes en una tarea individualizadora, siguiéndose, por tanto, la denominada teoría gradualista, según la cual la sanción de despido sólo en último extremo debe imponerse, dada su trascendencia, debiendo tratarse de una infracción grave y culpable.

Debemos por tanto tener en cuenta las circunstancias concurrentes para determinar si se trata de un incumplimiento grave y culpable que justifique la imposición de una sanción por falta muy grave; y tal calificación debe hacerse tras examinar las circunstancias que concurran en el caso concreto el comportamiento de los intervinientes, las expresiones utilizadas y la finalidad perseguida, buscando siempre la proporcionalidad y la adecuación entre conducta y sanción ( Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1.987, 7 de junio de 1.988 y 16 de mayo de 1.991).

En el marco de lo expuesto, resultó acreditado en el supuesto aquí analizado que el día 12 de abril, en el centro de trabajo de la Calle Fuencarral, se produjo una discusión entre el actor y su compañero Leoncio , en la que éste le preguntó a aquel por su año de nacimiento, diciéndole "ahí va uno de tu edad"; a lo que el actor le replicó "que tenía la cabeza como la basura, vacía", y le dijo "eres una mariquita mala, y vas a terminar sola".

Leoncio le contestó "yo también pienso muchas cosas de ti, pero mejor cada uno por su camino". Intervino el supervisor Pablo , calmando los ánimos, pero cuando pasaron al vestuarios, el actor le volvió a decir: "eres mala, marica mala, nadie te quiere".

Al relato expuesto ha de añadirse que el ambiente de trabajo era proclive a calificativos como los anteriormente reproducidos, que no había ningún cliente en la tienda cuando sucedieron los hechos, y que el actor es el trabajador de más edad del centro.

Dicho lo anterior resulta evidente del relato de hechos y circunstancias concurrentes, que existía una relación poco afable entre el actor y el Sr. Leoncio , y que fue este quien provocó a aquel, con la pregunta de su



año de nacimiento, sin duda para recordarle que era el más viejo de la tienda; y la reacción del actor, quizá desproporcionada, fue la de ofender a aquel, que previamente le había provocado.

Así las cosas, el clima de enfrentamiento y tensión que se generó es imputable a ambas partes, iniciándose la situación violenta por el Sr. Leoncio, que de forma subrepticia llamó viejo al actor, diciéndole "ahí va uno de tu edad...", y le preguntó cual era su año de nacimiento; provocación que aún pareciendo inocua, tuvo un efecto perverso en el actor, quien venía siendo tratado de un trastorno de ansiedad generalizada, y que reaccionó ofendiendo al provocador, llamándole "mariquita mala", diciéndole que tenía la cabeza vacía, y que iba a terminar sola, que nadie le quería. No resultaron probadas, según resulta del relato fáctico, las amenazas supuestamente proferidas a las que se refiere la carta de despido.

Valorando tales expresiones en el contexto en que se produjeron los hechos y valorando en un sentido gradualistas todas las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes, entre las cuales destaca ser un **episodio aislado o puntual**, entendemos que la conducta del actor no tenía la suficiente gravedad y culpabilidad como para justificar la procedencia del despido, más aún si cabe atendiendo a la falta de sanciones previas pese a llevar prestando servicios en la empresa desde hacía cuatro años; por lo que ante la falta de entidad y gravedad de los hechos como para tipificar su conducta como falta muy grave se impone desestimar el recurso y confirmar la resolución de instancia, declarando la improcedencia del despido, por mucho que su comportamiento sea a todas luces reprochable y sin perjuicio de que la empresa hubiera podido en su caso, sancionar los hechos por una falta leve o incluso grave, de que las que no lleven aparejadas el despido.

Efectivamente, siendo la sanción de despido la última por su gravedad y trascendencia entre todas las que puedan imponerse en el mundo laboral, la misma debe responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta, teniendo en cuenta además las circunstancias concurrentes, llevando a cabo una tarea individualizadora de la conducta del trabajador a fin de determinar si procede o no la sanción de despido impuesta. Y tal proporcionalidad y adecuación son las que observa en su sentencia la juzgadora de instancia, procediendo por ende su confirmación, en cuanto a la declaración de improcedencia del despido aquí analizado; por lo que el motivo se desestima.

**QUINTO.-** En el último de los motivos, de censura jurídica, ex art. 193 c) LRJS, se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 56.1 ET, sosteniendo que de acoger la revisión fáctica del hecho probado primero, la condena indemnizatoria debería ascender a 3.796,01 euros, en lugar de los 4.377,96 euros.

Cierto es que el ordinal primero se revisó acogiendo en parte el primer motivo amparado en el apartado b) del art. 193 LRJS, mas únicamente en cuanto a la antigüedad, que no era de 1 de septiembre de 2017, sino de 18 de septiembre de 2017, no influyendo esta ínfima diferencia en el cálculo de la indemnización a abonar, al amparo del art. 56 ET; ya que no fue acogido el superior salario pretendido, manteniéndose el fijado en la sentencia, de 1.100,52 euros mensuales. Con lo que el motivo se desestima.

**SEXTO.-** Procede imponer a la recurrente el pago de las costas procesales, en aplicación de lo dispuesto en el art. 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social, costas que solo comprenderán -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado de la recurrida por la impugnación del recurso, que se fijarán en 600 euros más IVA que, en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el artículo 235.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción social.

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

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DIESEL IBERIA SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, núm. 3 de los de Madrid, en autos 620/2021, a instancia de DON Teodoro contra el recurrente, sobre DESPIDO, y Confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la imposición de costas a la recurrente, que la Sala cuantifica en 600 euros.

Acordamos la pérdida del depósito y de la consignación efectuados por la recurrente en su momento para recurrir, a los que, una vez que sea firme esta resolución, se dará el destino legalmente establecido.

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 2876- 0000-00-0082-22 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 2876-0000- 00-0082-22.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvase 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.