



Roj: **STSJ CL 2343/2017 - ECLI: ES:TSJCL:2017:2343**

Id Cendoj: **09059340012017100368**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2017**

Nº de Recurso: **336/2017**

Nº de Resolución: **373/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA JOSE RENEDO JUAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00373/2017

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 336/2017

Ponente Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N^o: 373/2017

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilma. Sra. D^a. Raquel Vicente Andrés

Magistrada

En la ciudad de Burgos, a siete de Junio de dos mil diecisiete.

En el recurso de Suplicación número **336/2017** interpuesto por **DON Jose Manuel**, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, en autos número 761/2016 seguidos a instancia del recurrente, contra **CARNES SELECTAS 2000 S.A.**, en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Doña **María José Renedo Juárez** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 15 de Marzo de 2017 cuya parte dispositiva dice: " **FALLO**.- Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por Don Jose Manuel contra Carnes Selectas 2000 SA, debo declarar y declaro la procedencia del despido del demandante, absolviendo a la entidad demandada de los pedimentos de la demanda.



SEGUNDO .- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO**.- El demandante, Don Jose Manuel , ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada desde el 2.5.07, con categoría de oficial 2ª, centro de trabajo en Burgos, jornada a tiempo completo y salario diario de 62.81 €, incluida prorratea de pagas extras, en virtud de contrato indefinido. **SEGUNDO**.- El 13.9.16 acudió en diversas ocasiones al baño del centro de trabajo a fumar. También lo hizo los dos días siguientes y el 26 y 27 de septiembre, así como el 26 de octubre. Este último día, Don Apolonio , trabajador de la empresa, entró en el baño y al ver que el actor estaba fumando le recordó que estaba prohibido hacerlo, a lo que el actor le mandó callar y le llamó "negro de mierda", diciéndole que se fuese a su país. Al día siguiente volvió a dirigirse a él con la misma expresión. También éste día fumó en el baño. Al margen de estos días, es habitual que el actor fume en el baño del centro de trabajo. **TERCERO**.- En el centro de trabajo, incluidos los baños, existen advertencias y señales indicativas de la prohibición de fumar. Otro trabajador ha sido sancionado por fumar en el centro de trabajo con suspensión de empleo y sueldo de 60 días. **CUARTO**.- El demandante fue suspendido de empleo y sueldo en 2009 por insultar y empujar a un compañero y advertido por la empresa con apercibimiento de sanción disciplinaria en 2011 por dirigirse inapropiadamente a sus compañeros. **QUINTO**.- Como consecuencia de los hechos, el actor fue despedido con efectos de 9.11.16 mediante comunicación de igual fecha que consta como documento 2 de la parte demandada y se da por reproducido. **SEXTO**.- No consta que el actor ostente cargo de representación legal o sindical de los trabajadores. **SEPTIMO**.- Con fecha 12.12.16 se celebró acto de conciliación ante la UMAC en virtud de papeleta de 23.11.16, que concluyó sin avenencia. **OCTAVO**.- Con fecha 20.12.16 se interpuso demanda que fue turnada a este Juzgado.

TERCERO .- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte demandante siendo impugnado por la contraria. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO .- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia desestima la demanda en reclamación por despido y declara: Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por Don Jose Manuel contra Carnes Selectas 2000 SA, debo declarar y declaro la procedencia del despido del demandante, absolviendo a la entidad demandada de los pedimentos de la demanda.

Se formula el presente recurso de suplicación al amparo del *artículo 193 B de la LRJS* interesando a la revisión de hechos probados.

De los *artículos 193, b) y 196, 3 de la vigente LRJS* y de la que viene siendo su interpretación jurisprudencial pacífica, deriva la siguiente doctrina general, respecto al motivo de Suplicación consistente en la revisión de los hechos tenidos como probados en la Sentencia de instancia recurrida:

1) Que se debe señalar en el motivo, con una absoluta claridad, cual sea el concreto hecho o hechos probados de los que se pretende obtener su modificación, con detalle en su caso del particular párrafo que se quiere hacer objeto de la misma. Y si lo postulado es su eliminación o su sustitución por otro texto alternativo, debe entonces ser ofrecido en su redacción literal, lo mismo que si lo pretendido es adicionar al relato de hechos probados un determinado texto nuevo y particular, o añadir un completo hecho probado.

2) Debe igualmente indicarse con detalle, el concreto documento obrante en los autos, o bien la pericia practicada contradictoriamente en el acto de juicio oral, que, en opinión de la parte recurrente, sirvan de soporte a la revisión fáctica pretendida en el motivo, al ser estos los únicos medios de prueba que permite el *artículo 193, b) de la LRJS* que pueden ser empleados para apoyar, en este particular trámite, una pretensión de revisión fáctica. De tal modo que no es dable una invocación genérica o inespecífica de la documental obrante en los autos (*STS de 11-7-96*). Y no siendo tampoco válida, a efectos de este recurso, la prueba de interrogatorio de parte, ni tampoco la prueba testifical; con independencia ello del eventual valor probatorio que, en ejercicio razonado de la función que le atribuye el artículo 97,2 de la norma procesal citada, le pueda conferir el juzgador de instancia.

3) Se tiene que tener en cuenta, en concreto respecto a la cita de documentos, lo siguiente: a) Que deben ostentar realmente tal cualidad los que sean señalados, de tal modo que no cabe basarse en el contenido de la prueba testifical o en el interrogatorio de partes (*artículo 299,1, 1º Ley de Enjuiciamiento Civil*), pues pese a que se encuentre resumen suficiente de las mismas en el acta de juicio -como obliga el *artículo 89, 1, c) , 1º de la Ley Procesal Laboral* no pierden por ello su concreta cualidad probatoria (*STS de 16-5-90*), no transformándose por lo tanto en prueba documental; b) Además, el soporte documental que sirva de



base al motivo, debe contener, inexcusablemente, una suficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda claramente la modificación pretendida del mismo, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (*SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95*).

4) Dado el carácter de recurso extraordinario de la Suplicación, distinto de la Apelación (*STC 18-10-93*), no se puede pretender que se realice una nueva lectura, por parte de la Sala, de todo el material probatorio obrante, al no ser esa su función, que le viene normativamente atribuida al órgano judicial de instancia por el *artículo 97,2 de la Ley de Procedimiento Laboral* citada; ni por tanto, tampoco es admisible que sea este órgano judicial el que construya el recurso a la parte recurrente, pues ello iría en contra de su obligación esencial de imparcialidad, y vulneraría tanto el derecho a la defensa como a la contradicción de las demás partes personadas, con infracción del artículo 24,1 del Texto Constitucional (*STS de 28-9-93*)

5) Debe derivar claramente la modificación pretendida, sea de sustitución, de adición, o de eliminación, del apoyo útil alegado, sin necesidad de tener que acudir para ello a deducciones, elucubraciones o argumentaciones añadidas. De tal modo que se desprenda de ese apoyo probatorio señalado, de modo contundente y sin sombra de duda, tanto la nueva situación fáctica propuesta, como la pertinente y paralela equivocación del órgano judicial de instancia al alcanzar su propia convicción, que se pretende revisar.

6) Por último, se requiere que la modificación que se pide sea relevante a los efectos de la resolución de la causa, acreditando error, omisión o arbitraria interpretación de las pruebas por parte del Juzgador, de manera que lo pretendido no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el Juzgador de instancia, de las que quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte; a su vez, no basta con aportar con la modificación una puntualización o matización, al ser preciso, como ya decíamos, que la revisión sea trascendente y de entidad suficiente para variar los hechos de la sentencia recurrida.

De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:

- a). Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.
- b). Los hechos notorios y los conformes.
- c). Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso
- d). Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.
- e) Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos.

Existe un número no desdeñable de recursos de suplicación que vienen defectuosamente instrumentados, y que, confundiéndose con el de apelación civil, tratan de erigir al tribunal de suplicación en una segunda instancia para que se retome el asunto en toda su extensión, conociendo plenamente de lo que se debatió ante el órgano "a quo", cuando lo cierto y verdad es que los Juzgados de lo Social conocen en única instancia [*art.6 LPL*] de todos los procesos atribuidos al orden social de la jurisdicción, salvo de los procesos atribuidos a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional [*art. 7 y 8 LPL*], lo que, por otra parte, es plenamente acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el *art. 24 CE*, puesto que, la doble instancia, salvo en el orden penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por lo que el legislador es libre a la hora de establecer y configurar los sistemas de recursos que estime oportunos y determinar los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización [*SS.TC 51/1982, 3/1983, 14/1983, 123/1983, 57/1985, 160/1993*, entre muchas otras].

En definitiva, la Sala de lo Social tiene una *cognitio* limitada de los hechos en el recurso de suplicación, y no puede valorar de nuevo toda la prueba practicada.

Se solicita se modifique el hecho probado 3º para hacer constar la redacción **de que no consta claramente la prohibición de fumar en las instalaciones de la empresa**".

Es reiterada la Jurisprudencia expuesto que no admite la valoración de hechos y de la prueba, para modificarlos. Por todo lo que procede la desestimación del motivo.

SEGUNDO .- Se formula recurso al amparo del art 193 C de la LRJS pro entender infringidos los arts 66 y ss del C.Colectivo y 54.C. y 55 del ET



Procede declarar con carácter previo que, por lo que respecta a las normas citadas por la recurrente en su recurso como infringidas, que el recurso de suplicación no es una apelación o segunda instancia, sino un recurso extraordinario sujeto a motivos tasados en cuya formulación se han de respetar los requisitos legales.

Los motivos se destinan a la impugnación del fallo por error in iudicando, y el recurrente tiene la carga de:

a) citar debidamente el precepto o preceptos sustantivos y en su caso la jurisprudencia que, a su juicio, han sido vulnerados por el fallo de la sentencia, articulando motivos separados para cada precepto o grupo de preceptos que guarden unidad temática;

b) razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos (artículo 196.2 de la LRJS lo cual exige argumentar la conexión entre el contenido normativo de las normas o jurisprudencia citadas y el litigio, mostrando cómo su correcta aplicación debería haber llevado a dar distinta solución al debate.

Incluso declara esa doctrina jurisprudencial que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende vulnerado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido. Señalamos lo anterior porque la parte recurrente se ha limitado a citar los preceptos que entiende infringidos por el Magistrado de instancia en la sentencia recurrida pero sin llegar a argumentar y razonar porque los entiende indebidamente aplicados, máxime cuando son los mismos preceptos en los que aquel se basa para desestimar la demanda.

El Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que los requisitos y presupuestos establecidos por las leyes para recurrir han de ser interpretados y aplicados teniendo en cuenta la efectividad del derecho constitucional en el que tienen su razón de ser, y por ello, atendiendo a su finalidad.

De modo que la mayor o menor severidad en la exigencia de los mismos guarde proporción de medio a fin, evitándose interpretaciones rigoristas que no se correspondan con la finalidad de la exigencia legal, y, dentro de esta doctrina, se ha enmarcado el control sobre las decisiones judiciales de inadmisión del recurso de suplicación fundadas en un incumplimiento de los requisitos formales legalmente establecidos (*STC 18/93* , *294/93* , *256/94*).

El artículo 196 de la LRJS exige, ciertamente, que en el escrito de interposición del recurso se expresen, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, debiendo en el caso de impugnación fáctica, señalar los medios de prueba, que pongan en evidencia el error del Juzgador, ya que la valoración de la prueba corresponde al Juzgador, citándose, asimismo, las normas del ordenamiento jurídico (derecho positivo o sustantivo) o la jurisprudencia que se consideren infringidas. Precepto que, como se dijo es acorde con el *artículo 24.1 de la Constitución* en cuanto persigue que el contenido del recurso -la pretensión o pretensiones formuladas en éste y su fundamentación- sea conocido por la otra parte, que pueda así debidamente defenderse, y por el órgano judicial, que ha de tener pleno conocimiento del "thema decidendi", para resolver congruentemente.

De acuerdo con estas premisas, el Tribunal Constitucional también tiene establecido que al enjuiciar el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso de suplicación, debe tenerse presente que éste no es un recurso de apelación ni una segunda instancia sino un recurso de naturaleza extraordinaria, de objeto limitado, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes. El carácter extraordinario del recurso de suplicación justifica la exigencia de estos requisitos procesales aunque lo relevante "no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido" y que "desde esta perspectiva, resulta obligado concluir que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinadoras del recurso, no debe rechazar ab límine el examen de su pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas, cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer, precisa y realmente, la argumentación de la parte" (*TC 18/93*).

Por cuanto ahora interesa, la *sentencia del indicado Tribunal Constitucional nº 71/2002, de 8 de abril* , vuelve a insistir en la necesidad de la observancia de los presupuestos procesales para cumplir los requisitos de acceso al recurso, cuando se trata de recursos de cognición limitada que comúnmente se denominan extraordinarios (*STC 230/2001, de 26 de noviembre*), correspondiendo a las partes cumplir las exigencias del recurso que interponen (*STC 16/92 y 40/02*), llegando a rechazar el amparo motivado por la falta de pronunciamiento de fondo en un recurso de suplicación por la ausencia de indicación en el escrito de formalización del mismo del concreto apartado del *art. 191 de la Ley de procedimiento laboral* en el que se incardinaba el motivo de recurso, al igual que por la falta de concreción, con absoluta precisión y claridad, de la norma o normas jurídicas que consideraba infringidas por la sentencia de instancia, así como del modo en que se produjo la infracción.



Asimismo, el artículo 97.2 de la LRJS al disponer que el Magistrado apreciando los elementos de convicción, concepto más amplio que el de prueba, declarará expresamente en la sentencia, los hechos que estime probados, viene a establecer un elemento esencial de la resolución, con la ineludible consecuencia de que su ausencia o defectuosa consignación determinará la nulidad de la misma. Y esa exigencia legal ha sido subrayada reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que en los hechos probados ha de constar no sólo cuanto acreditado sirva al Magistrado para dictar su sentencia, sino también todo aquello que sea necesario para que el Tribunal Superior en el supuesto de recurso pueda dictar la suya, concordante o no con la impugnada. El Juzgador ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones, debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la LRJS (S.T.S. 18/11/1999).

En sentencia, de fecha 24/5/2000, el Tribunal Supremo vuelve a señalar que la valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en dicho artículo, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte, voluntaria y subjetiva, confundiendo este recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia.

De los hechos probados se deriva literalmente: El 13.9.16 acudió en diversas ocasiones al baño del centro de trabajo a fumar. También lo hizo los dos días siguientes y el 26 y 27 de septiembre, así como el 26 de octubre. Este último día, Don Apolonio , trabajador de la empresa, entró en el baño y al ver que el actor estaba fumando le recordó que estaba prohibido hacerlo, a lo que el actor le mandó callar y le llamó "negro de mierda", diciéndole que se fuese a su país. Al día siguiente volvió a dirigirse a él con la misma expresión. También éste día fumó en el baño. Al margen de estos días, es habitual que el actor fume en el baño del centro de trabajo. En el centro de trabajo, incluidos los baños, existen advertencias y señales indicativas de la prohibición de fumar. Otro trabajador ha sido sancionado por fumar en el centro de trabajo con suspensión de empleo y sueldo de 60 días. El demandante fue suspendido de empleo y sueldo en 2009 por insultar y empujar a un compañero y advertido por la empresa con apercibimiento de sanción disciplinaria en 2011 por dirigirse inapropiadamente a sus compañeros.

Así pues son varias las acciones que ha de ser examinadas a la luz de la carta de despido y de los hechos declarados probados , ya que son:

- Fumar en las instalaciones del centro
- Ofensa verbal y discriminatoria a un compañero.

Existe una prohibición expresa en el Convenio Colectivo art 66.2.3 . y 67.3 .e. de **"no fumar en las instalaciones de la empresa" calificada como falta muy grave.**

Se acredita que el actor fuma en los baños de la empresa y el Juez a quo valora que desobedece las ordenes de la empresa.

Y se acredita que como consecuencia de un trabajador le reprende por su conducta, le llama " negro de mierda"el actor.

Pues bien, para la decisión del recurso es prioritario tener presente que en el examen jurídico del despido disciplinario resulta fundamental atender a las características que debe reunir el incumplimiento contractual del trabajador para justificar la adopción por la empresa de esa sanción laboral.

El incumplimiento - dice el art.54.1 ET - ha de ser grave y culpable. Para valorar la concurrencia de ambos elementos no puede aislarse la acción del trabajador del contexto en que sucede y es una idea reiterada por la jurisprudencia que, siendo el despido la sanción laboral más grave, su imposición por la empresa debe ser el resultado de una valoración de las diversas circunstancias concurrentes, incluidas las personales del trabajador, presidida por el principio de proporcionalidad [Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 16 de octubre de 1991 (rcud.610/90), 30 de mayo de 1992 (rcud.1285/91), 2 de noviembre de 1992 (rcud.387/92), 10 de noviembre de 1998 (rcud.524/98), 13 de noviembre de 2000 (rcud.4391/99), 26 de diciembre de 2007 (rcud.302/07), entre otras muchas]. Esta doctrina valorar todo lo ocurrido en el análisis para formar un juicio donde se hayan tenido en cuenta tanto los diversos factores objetivos y subjetivos relacionados con el hecho imputado, como el contexto en que se produjo.

Todos estos elementos son relevantes en la valoración de la gravedad de la falta.



El despido es la manifestación más grave del poder disciplinario del que dispone el empresario por los efectos que tiene respecto a la relación contractual de trabajo - extinción del contrato - como por las innegables consecuencias que también tiene sobre la situación personal del trabajador - STC 125/1995 -.

Tratándose de una expresión del poder sancionador del empresario, es claro que participa de todas las características de éste, si bien por las trascendentes consecuencias derivadas de la decisión empresarial, en la falta imputable al trabajador han de concurrir, necesariamente, las características de gravedad y culpabilidad, tal como expresa el artículo 54.1 ET .

Este artículo 54 ET recoge un listado tasado de causas, aunque es de remarcar que la amplitud de la redacción dada al apartado b) -indisciplina o desobediencia- y d) - trasgresión de la buena fe-, hace prácticamente impensable que algún incumplimiento grave y culpable por parte de un trabajador pueda quedar excluido de alguno de los supuestos contemplados, que son, en esencia, los siguientes: a) faltas de asistencia o puntualidad al trabajo; b) indisciplina o desobediencia en el trabajo; c) ofensas verbales o físicas; d) transgresión de la buena fe contractual; e) disminución del rendimiento; f) embriaguez o toxicomanía; g) acoso.

Es preciso saber asimismo que los trabajadores pueden ser también sancionados en virtud de los incumplimientos laborales de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en los convenios colectivos que les sean aplicables - artículo 58.1 ET -, si bien dicha regulación no puede contradecir o desvirtuar los tipos legales que se acaban de citar - en este sentido hay que citar las SSTs de 2-4-87 , RJ 2325 ; 4-12-87 , RJ 8828 ; 5-7-88 , RJ 5763 -.

Así, basta la existencia de alguna de las causas legales o convencionales para que el empleador pueda proceder al despido del trabajador - STS 21-3-90 , RJ 2205 -. En el supuesto de concurrencia de causas, cabe optar por sancionar ambas o una de ellas cualificada por la otra - TS 7-2-90, RJ 1905 -.

Por otra parte, hemos de recordar que la norma exige que el incumplimiento contractual sea grave y culpable, intensidad que mide el empresario y controlan los órganos judiciales del orden social si la persona trabajadora reclama contra el despido . En este sentido, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha determinado que los hechos imputados han de ser de la máxima gravedad exigible, debiendo haber proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción - STS de 20 de febrero de 1991 , A. 854 -, o la necesidad de realizar un estudio específico y concreto de cada caso, valorando el factor humano - STS de 2 de abril de 1992 , A. 2590 -.

Añade la Sala Cuarta que "cabe concluir en interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET , sobre la determinación de los presupuestos del "incumplimiento grave y culpable del trabajador" fundado en la "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", como motivo de despido disciplinario, que:

A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual;

B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe;

C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción , pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe , fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados;



D) Igualmente carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo.

E) Los referidos deberes de buena fe , fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa , basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas;

F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la "gravedad" con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado".

CUARTO. - Por ultimo se invoca la teoría de la proporcionalidad. Por ello, la actuación de las partes ha de ser enjuiciada a la luz de los principios de individualización y de proporcionalidad:

a) individualización, en cuanto ha de estarse a las peculiaridades de cada caso sometido a decisión, con sus específicos elementos, entre los cuales cobra especial relieve el factor personal y humano; y

b) proporcionalidad, en cuanto ha de establecerse un criterio gradualista para que exista la adecuada coherencia entre las conductas enjuiciadas, la sanción y las personas afectadas (STS 20/03/90 Ar. 2182).

De esta forma, con arreglo a esta teoría gradualista es obligado el examen individualizado de cada caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de la existencia de provocación previa, etc., de tal manera que sólo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción .

Pues bien, procede valorar si las pruebas examinadas por el Juez de instancia lo han sido correctamente.

La doctrina clásica procesalista (Calamandrei) a propósito de la génesis lógica de la sentencia señala que, establecidos los hechos que tienen necesidad de ser probados, le corresponde al juez una función de asunción de la prueba, interpretación de la prueba y valoración de la misma.

La primera de estas funciones es de carácter preparatorio en cuanto que supone delimitar el material probatorio sobre el que debe operar el Juzgador.

La segunda tarea lleva consigo el análisis del significado que debe darse a los elementos de juicio que proporcionan ciertos medios de prueba (testigos, peritos, documentos) a cerca de la existencia o inexistencia de un hecho determinado.

Esto es, implica el análisis del resultado de una prueba, lo que no quiere decir que el resultado de ese análisis hay de conducir necesariamente al establecer un hecho como probado. Solo cuando el juicio de hecho lo ha verificado directamente el Juez, sin intermediarios (reconocimiento judicial) es innecesaria esta operación lógica.

Es, precisamente, en la tercera etapa, la de valoración, cuando se alcanza aquel resultado, bien de manera positiva, bien negativa. Envuelve esta valoración un juicio sobre la atendibilidad de la fuente de prueba, es decir, acerca de su credibilidad en sí misma considerada y en relación con otros elementos de prueba contradictorios, complementarios o aclaratorios.

Pero la valoración de las pruebas puede inspirarse en cualquiera de los dos sistemas básicos opuestos: bien el de libre convicción o persuasión racional, según el cual el Juez no está sujeto a ningún vínculo legal al establecer la credibilidad de la resultancia probatoria; bien en el sistema de prueba legal que obliga al Juez a creer en el juicio que proporcionan determinadas pruebas por mandato de la Ley.

Ahora bien, la aplicación del Derecho, ya no con carácter instrumental, como en este último caso de la valoración de la prueba legal, sino final, a los datos probados, no se produce inmediatamente. Requiere un tránsito gradual. En efecto, mediante un proceso lógico de inducción sobre los datos particulares probados, que necesita, sin embargo, de la impronta previa que representa el conocimiento del supuesto de hecho normativo, habrá el juzgador de construir el hecho específico que como encajable en el supuesto de hecho previsto permitirá la aplicación de las normas jurídicas. Y ello comporta una calificación jurídica; y es, por tanto,



esta función esencialmente de derecho, puesto que trata de encontrar en el material de hecho ya totalmente constatado, los elementos que dan lugar al efecto jurídico. Y esto significa que la declaración de hechos probados concluye al finalizar la valoración de la prueba, en cuanto que es el resultado de la misma: La construcción del llamado supuesto de hecho probado es función posterior y distinta de la declaración de los hechos probados.

No se determina, pues, el fallo, porque en la resultancia fáctica narre el Juzgador aquello que, a su criterio, ha quedado acreditado, dando, razón, posteriormente, en la fundamentación jurídica del medio de prueba o pruebas de las que ha obtenido aquella convicción.

1. En el desarrollo de la relación de trabajo son deberes laborales básicos del trabajador los de cumplir tanto "con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia" (art. 5.a ET), como "las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas" (art. 5.c ET); igualmente están configuradas estatutariamente como obligaciones del trabajador la de "realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue" (art. 20.1 ET), debiendo "al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres.

En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe" (art. 20.2 ET), proclamándose el correlativo derecho del empresario, con la exclusiva finalidad de verificar el cumplimiento de tales deberes y obligaciones laborales, a poder "adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana ..." (art. 20.3 ET).

2.- Igualmente la norma estatutaria regula las facultades o "potestades" empresariales sancionadoras por incumplimientos laborales, ateniéndose a la tipificación y graduación legal o convencional de las correspondientes faltas y sanciones ("Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable" - art. 58.1 ET), la que podrá ejercitarse exclusivamente dentro de los plazos de prescripción legalmente establecidos ("las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido" - art. 60.2 ET), ajustándose a los procedimientos legal o convencionalmente previstos (arg. ex arts. 55.1 ET , 108.1 y 114.2 LPL) y sin poderse imponer sanciones configuradas como ilegales ("reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber" - art. 58.3 ET), pero pudiendo imponerse la más grave sanción de despido siempre que se base "en un incumplimiento grave y culpable del trabajador" (art. 54.1 ET).

3.- Estas facultades empresariales está sujetas al control judicial ("La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente" - art. 58.2 ET), que afecta incluso a su graduación (cuando la falta cometida no haya sido adecuadamente calificada "el Juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta" - art. 115.1.c LPL), debiendo ser instado ante los Tribunales dentro de los plazos de caducidad y prescripción que para el ejercicio de las acciones de este tipo se han fijado legalmente.

A este respecto, y como esta Sala ha expresado en múltiples ocasiones, debe recordarse que corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones (artículo 58 ET), y numerosas sentencias de nuestros tribunales admiten -en función de las tesis gradualistas- la existencia de sanciones distintas por similares hechos, en base a circunstancias personales y profesionales (por todas, *SSTSJ Baleares de 23- 4-1993 [AS 1993\2026]* y *TSJ País Vasco de 19-5-1994 [AS 1994\2293]* y *9-2-1999*, cit.). Ahora bien, impuesta la sanción de entre las posibles por el empresario, aun cuando el Tribunal entendiere la conveniencia de una sanción menos grave «no cabe reducirla por entenderla excesiva, pues así lo impone la doctrina del Tribunal Supremo».

Tanto la norma estatutaria como la Ley Procesal Laboral establecen que el despido será procedente si se acreditan tales incumplimientos y en caso contrario será improcedente. Para esta declaración, el Juez ha de realizar un juicio de valor sobre la gravedad y la culpabilidad de las faltas alegadas (artículo 54 ET) y para ello, tiene que examinar la adecuación de las conductas imputadas a la descripción de las faltas que se recogen en el cuadro sancionador correspondiente de la norma reglamentaria o convención aplicable al caso y, si los incumplimientos no encajan en los supuestos tipificados como falta "muy grave" sancionable hasta con el despido, debe declarar la improcedencia del mismo por haber sido calificada la falta inadecuadamente por el



empresario; pero no es función suya rectificar la sanción impuesta (*artículo 58 ET*). A lo sumo «autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta» aunque «si ésta coincide con la descripción de las "muy graves" habrá de declarar que la calificación empresarial es adecuada» (*STSJ País Vasco de 9-2-1999 [AS 1999\559]*).

De este modo, corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones, y es cierto también que si el juez no se mantiene dentro de tales límites y, ante una sanción adecuada a la gravedad de la falta, declara que debe imponerse un correctivo diferente, está realizando un juicio de valor que, como expuso la Sala de lo Social *del TS en sentencia de 11 de octubre de 1993* , "descalifica más que el acto del empresario, el cuadro normativo sancionador, pues está expresando que algunas de las diversas sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario y esto sobrepasa la potestad revisora que las leyes conceden al Juez".

Esta Sala no puede por menos de atenerse a la literalidad del convenio colectivo en el que no se distingue más, que está prohibido fumar en todas las instalaciones de la empresa; entendiéndose como tales entre otras, los baños; y en todo caso la generalidad del convenio colectivo no distingue y se refiere a las instalaciones engloban cualquier otro tipo de instalaciones.

Podría contemplarse un principio de proporcionalidad , pero por otro lado se acreditan la existencia de una ofensa verbal discriminatoria por razón de raza , como es llamar al compañero " negro de mierda" .iii

Vulnerando los mas elementales principios de respeto en las relaciones laborales que han de presidir en un estado de convivencia y siendo constitutivo de una falta muy grave del art 66 del CColectivo.

Confirmados los hecho probados y tipificados como 2 faltas muy grave la sanción de despido es adecuada a los hechos cometidos y por todo ello la declarar PROCEDENTE EL DESPIDO DISCIPLINARIO

Por todo ello la revisión no debe prosperar, al no evidenciarse error valorativo del Magistrado y su consecuente desatención a las reglas de la sana crítica en el ejercicio de la facultad valorativa de la prueba, que en exclusiva tiene atribuida (ex artículo 97-2 LPL) y es que es doctrina constante del Tribunal Supremo (entre otras la STS 17 de Diciembre de 1990) la de que es al juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción (concepto más amplio éste que el de los medios de prueba) para establecer la verdad procesal, intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LEC en relación con el artículo 348 de la actual y supletoria LEC .

En su consecuencia, el error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia, por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar que tanto el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 117.3 de nuestra Constitución otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales.

- De conformidad con lo dispuesto en el art. 235 LRJS , no ha lugar a la imposición de costas a la parte recurrente, al gozar del beneficio de justicia gratuita

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por **DON Jose Manuel** , frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos de fecha 15 de Marzo de 2017 , en autos número 761/2016, seguidos a instancia del recurrente, contra **CARNES SELECTAS 2000 S.A.** , en reclamación sobre Despido, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S . y 248.4 de la L.O.P.J . y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS



siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley .

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz nº 15 de Burgos, -en cualquiera de sus sucursales, con el nº 1062/0000/65/000336/2017.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ