



Roj: **STSJ M 10609/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:10609**

Id Cendoj: **28079340012022100773**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/09/2022**

Nº de Recurso: **699/2022**

Nº de Resolución: **782/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm 42, 16-02-2022 (proc. 118472021),
STSJ M 10609/2022**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG: 28.079.00.4-2021/0109272

Procedimiento Recurso de Suplicación 699/2022

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 42 de Madrid Despidos / Ceses en general 1184/2021

Materia: Despido

Sentencia número: 782/2022

D

Ilmos. Sres.

D. IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER

D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA

D. EMILIO PALOMO BALDA

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

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 699/2022, interpuesto por la mercantil SOUND & VISION MARID S.L., contra la sentencia de 16 de febrero de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social número 42 de los de MADRID,



en sus autos número 1184/2021, seguidos a instancia de D. Esteban frente a la mercantil recurrente, figurando también como parte el MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. EMILIO PALOMO BALDA, 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:

I.- D. Esteban , con DNI NUM000 , cuyas demás circunstancias personales constan en la demanda, prestaba servicios para la con una antigüedad de 07.03.2012, categoría profesional de ordenanza y salario mensual bruto de 1.260 € con inclusión de prorrateo de pagas extras, en el centro de trabajo sito en la C/ Marqués de Monteagudo nº 22. En el contrato de trabajo se hacía referencia como convenio colectivo aplicable el de oficinas y despachos de la Comunidad de Madrid.

II.- La mercantil se dedica al alquiler de locales de ensayo y el trabajador realizaba funciones de entrega y recogida de llaves a los usuarios, registro de accesos, atención telefónica, limpieza de estancias y atención de la zona de bar. En cada turno de trabajo sólo había un trabajador, que es el que se encarga de todas las funciones descritas.

III.- En fecha 11.09.2021 la empresa notificó al trabajador carta de despido que obra al folio 8 de las actuaciones y se da por reproducida en esta sede. Se imputaba al trabajador que el día 31 de julio de 2021, por la tarde, dentro de su turno de trabajo, se encontraba fuera de la barra de la cafetería ubicada en el centro, alternando con clientes, sin mascarilla y compartiendo el mismo vaso de bebida, sin guardar con ellos la distancia de seguridad, y que esa conducta era contraria a las directrices dadas por la empresa y a las medidas anti Covid impuestas por el Gobierno. Se añadía que tales hechos se habían hecho públicos al haberse enviado las fotos por whats app y que en ellas aparecía el rótulo de la empresa y el estudio de un cliente, suponiendo un descrédito para la firma y una pérdida de confianza en la empres. Se tipificaban los hechos como falta muy grave de abandono del trabajo y trasgresión de la buena fe contractual por infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo, y se imponía de conformidad con el artículo 54 b) y d) del ET la sanción de despido.

IV.- El día 31.07.2021 por la tarde, en el turno de trabajo en el que prestaba servicios el trabajador demandante, había acudido a ensayar a una de las salas del local un grupo musical cliente habitual de la demandada. A la finalización del ensayo, cuando los miembros del grupo, y un amigo de ellos, estaban consumiendo un mini de cerveza, llamaron al actor para despedirse de él, ya que comenzaba sus vacaciones al día siguiente, y le pidieron hacerse algunas fotos con ellos. En las fotos puede verse al actor sin mascarilla y sosteniendo un vaso de cerveza. Tales fotos fueron mandadas a un grupo de whats app de los trabajadores de la empresa (folios 74-77 y testifical de Gabriel).

V.- Con posterioridad al despido del actor la empresa remitió carta a los titulares de los locales de ensayo nº 18 y 31, informándoles del comportamiento observado por sus usuarios y rogándoles que no se volvieran a producir hechos similares (folios 80-81).

VI.- El protocolo de medidas especiales para uso de las instalaciones que se publicitó en el mes de mayo de 2020 con ocasión de la pandemia obra a los folios 78-79 de las actuaciones y se da por reproducido en esta sede. Dicho protocolo era conocido por todos los trabajadores y por los clientes. Entre los carteles colgados en el establecimiento figuraba el de "uso obligatorio de mascarillas al pedir la consumición".

VII.- En fecha 03.10.2021 se interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC, sin que se haya celebrado el correspondiente acto de conciliación (folios 9 y 28). "

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

"Que estimando en su pretensión subsidiaria la demanda formulada por D. Esteban frente a la mercantil SOUND & VISION MADRID S.L., con intervención del MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido operado en fecha 11.09.2021, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración y a que a su elección, proceda a la readmisión de la demandante en el puesto de trabajo que ocupaba y en las mismas condiciones que regían con anterioridad a la extinción, con abono en tal caso de los salarios dejados de percibir a razón de 41,42 €/día o a satisfacer la indemnización por despido en cuantía de trece mil cien euros con cincuenta y cinco céntimos de euro (13.100,55€)".



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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera el 8 de junio de 2022, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el siguiente 14 de septiembre para los actos de votación y fallo.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- En el inatacado relato de hechos probados de la sentencia de instancia se deja constancia de que el demandante venía prestando servicios para la mercantil que ahora es parte recurrente, dedicada al alquiler de locales de ensayo, desde el 7 de marzo de 2012, con la categoría profesional de ordenanza, desempeñando funciones de entrega y recogida de llaves de los usuarios, registro de accesos, atención telefónica, limpieza de estancias y atención de la zona de bar.

Se recoge también que el día 31 de julio de 2021, los integrantes de un grupo musical, clientes habituales de la entidad demandada, a los que acompañaba un amigo, una vez finalizado el ensayo compartieron un mini de cerveza en el interior del local, invitando al actor a hacerse algunas fotos con ellos habida cuenta que el día siguiente comenzaba sus vacaciones, a lo que accedió. En las imágenes - enviadas posteriormente a un grupo de WhatsApp de los trabajadores de la empresa - podía verse al demandante sin mascarilla y portando el mini de cerveza en la mano.

II.- La representación letrada de la parte vencida, en los tres motivos de impugnación que formula con apoyo en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, plantea en realidad una única cuestión, referida al desajuste jurídico de la decisión adoptada por la magistrada "a quo" de considerar que el comportamiento descrito no justifica el despido disciplinario comunicado el 11 de septiembre de 2021, lo que aconseja darles respuesta conjunta previa exposición de su contenido.

En el inicial, la defensora de la empresa denuncia la infracción de los arts. 1, 2 y 8 del C.C., sin especificar a qué norma se refiere, en relación con la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, y la Orden de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid 572/20231, de 7 de mayo. Sostiene, en síntesis, que en el momento en que se produjeron los hechos seguían en vigor las disposiciones invocadas, que imponían el uso obligatorio de las mascarillas en cualquier espacio cerrado de uso público y otras medidas, como la necesidad de guardar la distancia de seguridad, la prohibición de usar las barras y la recomendación de no realizar un uso compartido de vasos, por lo que el cumplimiento de lo dispuesto en ellas no se puede eludir con el argumento empleado por la juzgadora de que la conducta del actor no se produjo durante la fase más crítica de la pandemia, sino en un momento en que el ocio nocturno ya estaba permitido en la Comunidad de Madrid.

El motivo segundo señala como vulnerados los arts. 5 y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, y en su desarrollo se hace hincapié en que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, con cita de diferentes sentencias que así lo establecen.

Por último, en el motivo restante, la Letrada recurrente reprocha a la sentencia la contravención del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores, en sus apartados 1 y 2 d), porque entiende que el trabajador, infringiendo la normativa preventiva aplicable, actuó con total imprudencia o negligencia, transgrediendo la buena fe contractual y vulnerando su deber de lealtad, ocasionando con ello la pérdida de confianza de la empresa, que en este caso tiene especial importancia pues de cada turno de trabajo se responsabiliza un único empleado. Considera, por ende, que la sanción de despido resulta proporcionada a la gravedad de la conducta transgresora del trabajador, por lo que debe ser calificado como procedente.

SEGUNDO.- I.- La interpretación que la jurisprudencia ha dado al art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores debe servir como punto de partida para resolver la cuestión que el presente recurso suscita. Al respecto, constituye doctrina constante y notoria de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la que sostiene que el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre infracción y sanción, aplicando un criterio individualizador en función de las peculiaridades del caso, las cuales adquieren la máxima significación en el orden decisorio, de manera que cuando se juzga sobre



la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas, la solución dependerá de las apreciaciones que en cada supuesto se hagan teniendo en cuenta su naturaleza y la circunstancias concurrentes, lo que introduce un elemento de singularidad que impide convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable.

Teoría gradualista que, como señaló el órgano de casación en la sentencia de 19 de julio de 2010 (Rec. 2643/2009), resulta asimismo aplicable a comportamientos que entrañan una transgresión de la buena fe contractual, de manera que el mero hecho de que el incumplimiento afecte a ese principio básico no basta para amparar la máxima sanción que prevé el ordenamiento jurídico laboral, debiendo verificarse, al igual que respecto de las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, si concurre la nota de la gravedad objetiva de la conducta así como ponderar las circunstancias susceptibles de atenuarla o agravarla, lo que implica que no sea forzoso convalidar el despido cuando la menor gravedad de los hechos y dichas circunstancias hagan procedente una sanción inferior.

II.- A la luz de los criterios que acabamos de exponer, la Sala no puede sino compartir la conclusión a la que llegó el órgano de instancia en el sentido de que el comportamiento del actor que declara probado no resulta subsumible en la causa de despido contemplada en el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores.

La conducta constitutiva del incumplimiento, en sí misma considerada y valorada en unión de las circunstancias concurrentes, no alcanza una gravedad con virtualidad bastante como para provocar la quiebra definitiva e irreversible de la confianza depositada en el actor por la empresa y justificar la sanción de despido. Y ello, a pesar de que cada turno de trabajo esté atendido por un único empleado. Son varias las razones que conducen a esa conclusión.

La primera de ellas estriba en que se trata de un comportamiento puntual y aislado en el marco de una relación laboral desenvuelta a lo largo de nueve años y medio, período en el que, frente a lo que se aduce en el recurso sin soporte en el relato fáctico de la sentencia impugnada, no existe constancia de la imposición de ninguna sanción previa.

Además, conviene tener presente que el demandante no actuó por iniciativa propia, sino a instancia de los clientes y en un contexto caracterizado por la ausencia de otras personas en el local y el inicio inminente de las vacaciones.

En tercer lugar, no se ha acreditado que el aquí recurrido llegase a ingerir la bebida y que fuese él quien enviase las fotos al grupo de WhatsApp.

En cuarto lugar, y aunque no sean factores determinantes de la decisión que adopta este Tribunal, no podemos dejar de considerar las circunstancias mencionadas en la sentencia impugnada consistentes en que los hechos no se produjeron durante la fase más crítica de la pandemia, aserto que pese a las críticas que le dirige la recurrente resulta ajustado a la realidad, y no ocasionaron perjuicio alguno a la empresa.

Ciertamente, el actor, al atender las indicaciones de los usuarios y posar junto a ellos sin mascarilla y sin guardar la debida distancia de seguridad, incumplió las normas invocadas por la empresa en el primer motivo de su recurso y las instrucciones contenidas en el protocolo elaborado, que estaba obligado a respetar, pero su proceder y el marco en que tuvo lugar, no permiten apreciar la exigible proporcionalidad entre su incumplimiento y la sanción de despido.

Por último, no está de más resaltar que el art. 31 de la Ley 2/2021, citada por la parte recurrente tipifica como falta leve el incumplimiento de la obligación de llevar mascarillas en espacios cerrados de uso público.

TERCERO.-La desestimación del recurso formalizado por la mercantil demandada implica, de conformidad con lo preceptuado en los arts. 204 y 235.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, que una vez firme esta resolución haya de perder el depósito de 300 euros, en beneficio del Tesoro Público, y que la cantidad de condena consignada haya de aplicarse al cumplimiento de la sentencia, así como la imposición de las costas causadas en esta fase del proceso, concretadas en los honorarios devengados por la representación técnica procesal del actor por la redacción del escrito de impugnación, cuya cuantía fijamos en la parte dispositiva en atención a su contenido y a las características del asunto.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa Sound & Visión Madrid, S.L. contra la sentencia de fecha 16 de febrero de 2022, dictada por el Juzgado



de lo Social núm. 42 de los de Madrid en los autos núm. 1184/2021, seguidos a instancia de D. Esteban , confirmando lo resuelto en la misma.

Se decreta la pérdida del depósito de 300 euros constituido por la entidad recurrente en beneficio del Tesoro Público en donde se ingresará una vez sea firme esta resolución. Aplíquese, entonces, al cumplimiento de la sentencia la cantidad de condena consignada.

Se impone a la empresa demandada la obligación de abonar a la Graduada Social Sra. Regales Saíz la cantidad de 800 euros, más IVA, en concepto de honorarios por la redacción del escrito de impugnación del recurso.

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

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

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

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00-0699-22 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos nº 35, 28010 de Madrid.

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: 2826- 0000-00-0699-22.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

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

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

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.