

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2025**

Nº de Recurso: **254/2025**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Lan-Arloko Sala

Calle Barroeta Aldamar, 10 7º Planta - Bilbao 94-4016656 - EMAIL000 NIG: **0000254/2025**

Sección: FT8 **Recursos de Suplicación / Erregutze-errekurtsoak**

Juzgado de lo Social Nº 3 de Donostia-San Sebastian 0000194/2024 - 0 Despidos / Ceses en general 0 000194/2024 - 0 **RECURSO N.º:** Recursos de Suplicación, **SENTENCIA N.º:** 000888/2025 0000254/2025 **NIG PV 2006944420240000947 NIG CGPJ 2006944420240000947**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 08 de abril de 2025.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Ilmos./Ilma. Sres./Sra. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente, D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA, Magistrados/a, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente **S E N T E N C I A** En el Recurso de Suplicación interpuesto por D^a Carmen contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de los de Donostia- San Sebastián, de fecha 20 de noviembre de 2024, dictada en proceso sobre Despido, y entablado por D^a Carmen frente a DEPORTES Y ESPECTACULOS S.A (HOTEL LASALA PLAZA).

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a Ana Isabel Molina Castiella, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO. Que D^a. Carmen ha venido trabajando en el Hotel LASALA PLAZA situado en San Sebastián, por cuenta y órdenes de la empresa DEPORTES Y ESPECTÁCULOS S.A., con la categoría profesional de CAMARERA, desde el día 29 de junio de 2018, percibiendo un salario medio mensual de euros, con inclusión de parte proporcional pagas extras.

SEGUNDO. Que a esta relación resulta de aplicación el Convenio colectivo de Alojamientos de Gipuzkoa.

TERCERO. Que sobre las 13 horas del día 28 de diciembre de 2023, la demandante se encontraba sirviendo comandas en la barra del Hotel LASALA PLAZA, junto a su compañera Sra. Juliana, y en un momento determinado llamó la atención al Sr. Abelardo, que prestaba servicios como camarero atendiendo las mesas, porque había servido con pan unos calamares.

Que cuando el Sr. Abelardo se giró para seguir con su trabajo, la demandante dijo en voz alta "Puto negro", comentario que fue escuchado por la Sra. Juliana, la cual comunicó lo ocurrido a la Sra. Bárbara, en su condición de responsable de Sala. Que la Sra. Bárbara a su vez lo comunicó por email al Sr. Daniel.

Que el Sr. Daniel tras mantener una reunión con la demandante, con la Sra. Juliana y con el propio Sr. Abelardo, decidió iniciar un expediente disciplinario contra la actora por el mal trato dispensado a este trabajador.

CUARTO. Que el día 18 de enero de 2024, la empresa comunicó a la actora una carta de despido disciplinario con esa misma fecha de efectos, misiva que tenía el siguiente contenido literal:

En Donostia a 12 de enero 2024 ATT.: Carmen. Lourdes, con DNI NUM000, en calidad de Directora de Relaciones Laborales y Desarrollo de Personas del Grupo SADE, le comunica que a día de hoy ha puesto en conocimiento del Comité de Empresa la propuesta de su Despido Disciplinario.

En cumplimiento del aft.25 B) del Convenio de Alojamientos de Gipuzkoa que literalmente dice "(...) en los casos de despido disciplinario los/as Delegados Sindicales; Comités de Empresa o Delegados/as de Personal, tendrán un plazo de 5 días desde la fecha de notificación , para emitir informe(...)", hemos puesto en conocimiento del Comité de Empresa del Hotel las motivaciones que nos llevan a adoptar la decisión de proceder a su Despido Disciplinario con el fin de que emitan Informe que valoraremos de cara a la ratificación de nuestra propuesta.

En caso de ser ratificada la propuesta de Despido Disciplinario una vez valorado el Informe del Comité, le entregaremos la Correspondiente Carta de Despido indicando los antecedentes y causa; así como la fecha de efectos.

En cuanto a las motivaciones, teniendo en cuenta que las mismas han sido trasladadas al comité, nos parece oportuno darle traslado de lo que hemos comunicado y así pueda tener toda la información.

Es por ello que exponemos a continuación dos antecedentes de hechos que entendemos deben tenerse en consideración a la hora de valorar la necesidad de la medida propuesta, así como el hecho en el que fundamentamos el despido disciplinario, por entender que es de entidad suficiente como para adoptar la medida disciplinaria más dura.

ANTECEDENTES DE HECHOS: I.- Que en fecha 14 de abril de 2023 tuvimos conocimiento del altercado ocurrido en el área de "Desayunos" el 6104123.

Los Hechos se desencadenaron por dos circunstancias directamente relacionadas con el trabajo:

a) Devolución de unos huevos benedictines en los que el cliente los quería más hechos.

b) Confusión de unos crepes con unas tortitas.

Según nos informaron compañeras suyas, tales hechos desencadenaron una actitud y unos comentarios (despectivos) por su parte hacia sus compañeras que acabaron no sólo generando un ambiente hostil desgraciadamente cada vez más frecuente en esta área, sino más allá de eso, una sensación de ansiedad generalizada en dos de sus compañeras, debido a la tensión generada por sus comentarios.

Según nos han informado, sus comentarios ante tales hechos fueron humillantes y despreciativos generando un clima de trabajo difícilmente sostenible.

Ya en su día, en la Advertencia No constitutiva de Sanción que se derivó de su conducta descrita anteriormente detectamos de forma literal:

"(...) Hemos de decir qué no es la primera vez que nos llegan comentarios de compañero/as suyos, en los que ponen de manifiesto la dificultad que entraña trabajar con usted debido a su actitud. Actitud que pasa por hacer de menos el trabajo ajeno con críticas constantes que lejos de ser constructivas generan un clima laboral de continuo conflicto que hace que haya campaneros/as que no quieran pasar a desempeñar sus funciones en el área de desayunos.

En este sentido, yo misma mantuve una conversación con usted el año pasado en la que le expuse cierto malestar que me había llegado por parte de una persona (en este caso la Responsable del Área de Desayunos).

III.- Independientemente de los hechos concretos que pudieran haber provocado el incidente del día 6 de abril, mediante la presente le quisiéramos advertir de que la Dirección de esta empresa no va a permitir actitudes despreciativas entre compañeras/os o que enturbien el clima laboral de esta empresa. (...)"

Tales hechos podrían haber sido calificados como faltas muy graves y ser sancionadas con una suspensión de empleo y sueldo de 16 a 60 días. No obstante, con una finalidad clara por parte de la empresa de darle una nueva oportunidad de intentar evitar este tipo de comportamientos, tras reunirnos con usted, le entregamos por escrito una Advertencia no constitutiva de Sanción que seguía diciendo:

"(...) De Igual manera, quisiéramos recordarle que el Convenio de Alojamientos de Gipuzkoa 2020 - 2024 en su artículo 52º "Premios Faltas y Sanciones" califica como Falta' Muy Grave: "(...) los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave de respeto y consideración a los iefe/as o a sus familiares, así como a los compañeros las y subordinados/as (...)"

Pudiendo llegar a ser sancionados tales hechos con; "(...) suspensión de empleo y sueldo de 16 a 60 días; traslado forzoso del servicio a distinta localidad y despido con pérdida de todos los derechos en la Empresa (...)"

Si bien en este caso hemos optado por formalizar esta ADVERTENCIA no constitutiva de sanción, con la finalidad de que recapacite y modifique su actitud tanto hacia sus compañeros/as como hacia la empresa (ya que el inadecuado clima laboral contraviene directamente /os intereses de la misma), le informamos que en caso de que no se de este cambio de actitud al que hacemos referencia, no dudaremos en tomar las medidas disciplinarias correspondientes ya que no tenemos ninguna duda en que estas actitudes no pueden ser de ninguna medida permitidas en el Grupo SADE.

En la confianza de que el presente escrito sirva como punto de inflexión tanto en lo referente en su actitud como en la relación que mantiene con sus compañeros/as, (...). II.- A lo largo de los meses de noviembre y diciembre 2023, hemos recibido diversas quejas de cuatro compañeros/as que coinciden con usted en el turno de desayuno.

Una vez más, sus compañeros se quejan de su carácter, de la forma en que les habla y/o de que origina numerosos conflictos laborales que les obliga a trabajar en una tensión que no van a poder soportar.

Para mayor concreción a lo largo del presente mes de noviembre 2023, los diferentes compañeros/as que han trabajado con usted nos han hecho llegar (tanto de palabra como por escrito) el malestar que les origina y que, voy a proceder a resumir:

Adolfo: hemos de decir que esta persona no se ha quejado en el tiempo que lleva con nosotros de nada ni nadie. De hecho, su carácter afable fue el que nos convenció a la hora de convertir su contrato en indefinido de cara a poder reforzar el área de desayunos, ya que los conflictos que se hablan reiterado con usted, nos hacía pensar en la necesidad de una persona empática y sosegada.

Rafael nos comunica por escrito que la relación con usted ha ido empeorando, llegando a usted a hacer comentarios directos sobre sus condiciones laborales (tales como que debiera tener miedo "por no poder abrir el servicio de desayunos" o incluso a afirmar que mentía en relación a las razones que da para no poder hacerlo) que en absoluto le corresponden.

Además de no corresponderle, estos comentarios no tienen otro fin ni otro efecto que provocar una tensión en Adolfo, absolutamente innecesaria además de negativa.

Ana: su compañera Ana nos ha transmitido en más de una ocasión, siempre verbalmente, las dificultades de trato que tenía con usted, relacionados con los comentarios despectivos que hacía de su trabajo.

No obstante, este mes de noviembre nos envía un correo electrónico en el que explica su malestar, además de detallar algunas cuestiones en relación a su trabajo:

En primer lugar, hace mención a que su trato es siempre despectivo hacia ella, cuestión esta que hace que no esté en absoluto cómoda trabajando a su lado.

En segundo lugar, nos comunica un hecho que no sólo incomoda a Ana, sino que afecta al cliente ya que Ana nos explica que, en más de cuando ella está explicando algo a un cliente, usted va por detrás y le explica nuevamente lo mismo, generando confusión en el cliente, así como malestar en su compañera.

Sara: en la misma línea, su compañera Sara nos ha transmitido que está con ansiedad, valorando incluso solicitar una baja por este motivo, por sus comentarios y tonos fuera de lugar una ocasión, En este sentido, detalla algunos hechos que ya hemos comentado anteriormente con usted, como fue el altercado en relación a los pancakes o bien los comentarios que hizo cuando le solicitaron subir un desayuno a una habitación de cliente (además de decir que no era su trabajo, añadió "fe subes el móvil a la habitación, sacas el google traductor y así aprendes un poquito de inglés") o bien los comentarios de que a usted "le han enseñado a mandar y no a ser mandada").

No obstante, nos ha hecho saber que en estos momentos también hace comentarios despectivos sobre Bárbara, persona que actualmente está ejerciendo como responsable de sala.

Concretamente nos ha hecho saber qué hace comentarios constantes despectivos relacionados con sus tatuajes, generando un ambiente tóxico de trabajo.

Marcelina: como bien sabe, Marcelina es una persona que no lleva mucho tiempo en la empresa que fue contratada por su nivel formativo, conocimiento de idiomas, experiencia y actitud.

Es una persona que ha demostrado enorme interés y ganas de adaptarse e integrarse en el equipo. No obstante, pese a sus cualidades, también ha sido víctima de sus comentarios despreciativos.

- Actitudes como las que describe Sara que, consisten en hablar por encima de las compañeras cuando estas reciben a un cliente, consiguiendo hacerle ver que "usted es la que sabe". Esta conducta, no sólo no es adecuada

de cara a la imagen que damos frente al cliente, sino que genera una sensación de inseguridad y ansiedad nada recomendable entre sus compañeras.

- Comentarios hacia el resto de los compañeros sobre Marcelina, diciéndoles expresamente que "ha venido a quitarles el puesto", generando un mal ambiente constante en el colectivo.

- Comentarios hacia la persona de Marcelina, basándose en su aspecto y descalificándola por el mismo. Comentarios del tipo; "(...) no me creo hable 6 idiomas con esas pintas y esos tatuajes (...)"

Una vez más mediante la presente queremos transmitirle que estos hechos, estas faltas de respeto hacia sus compañeras, no son admisibles y la Dirección de esta empresa no las va a tolerar.

Entendemos que este trato despreciativo no es compatible con los valores de nuestra empresa, además de que genera un ambiente tóxico de trabajo que repercute muy negativamente en la salud de nuestras compañeras.

De igual manera, quisiéramos recordarle una vez más que el Convenio de Alojamiento de Gipuzkoa 2020 - 2A24 en su artículo 52º "Premios, Faltas y Sanciones" califica como Falta Muy Grave:

"(...) los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave de respeto y consideración a los jefes/as o a sus familiares, así como a /os compañeros/as y subordinados/as (...)" así como "(...) originar frecuentes riñas y pendencias con las/los compañera/os de trabajo (...)"

Debido a su actitud de cara a sus diferentes compañeros/as, usted ha tenido numerosas reuniones con sus diferentes responsables.

Reuniones que han girado siempre en una solicitud por parte de la dirección de esta empresa de un cambio de actitud en relación a sus propios compañeros, ya que en un primer momento creíamos que de esa manera "didáctica por nuestra parte" conseguiríamos no sólo evitar este tipo de comentarios desagradables que afectan al ambiente laboral sino que seríamos capaces de darle una trayectoria profesional acorde a sus propias expectativas.

Es por ello que a día de hoy podemos decir que desde la Dirección de esta empresa hemos hecho un ejercicio de paciencia infinita apostando por usted e intentando hacerle ver la importancia de la comunicación desde el respeto en reuniones de diferentes formatos en los que hemos participado aleatoriamente; los diferentes maitres, la Dirección de Personas; la Dirección del Hotel; La Dirección de A&B e incluso el alguna persona como miembro del comité.

No obstante, los últimos hechos acaecidos nos obligan a tomar medidas drásticas en cuanto a su relación laboral con esta empresa y proceder a imponerle una SANCIN ejemplar:

HECHOS:

PRIMERO. - El 30 de diciembre de 2023 nos llega a la dirección de personas y dirección de A&B, un mail de Bárbara (actual Responsable de Sala en funciones) en el que nos narra lo siguiente:

"El jueves día 28, habiendo terminado sus tareas en desayunos (aproximadamente entre las 13 y las 14h) Carmen pasó a desempeñar las funciones de camarera de barra en La Jarana.

Abelardo, reciente incorporación y de procedencia senegalesa, se dirigía a servir una ración de calamares a una mesa junto con un bol de pan, el cual hablan solicitado los clientes.

Antes de salir del office de barra, fue interceptado por Carmen la cual, con actitud imperativa, le quitó de las manos el bol de pan recriminando que, con los calamares no servimos pan.

Cuando Abelardo salió con el plato en dirección a la mesa, ya habiendo abandonado la zona de barra, Carmen con actitud hastiada dijo en voz alta: puto negro. Juliana presencié esta escena.

Ese día yo, estaba en turno partido y teníamos mucho trabajo.

Cuando regresé sobre /as 19 o 20 h, Juliana pidió hablar conmigo en privado y me relató to que acabo de citar en este texto; advirtiéndole que, antes de hablar conmigo, ya le habla enviado un mensaje a Artemio.

En dicho mensaje explicaba lo que habla presenciado y escuchado, poniéndolo en conocimiento de ambos responsables debido a tal deleznable e intolerable comportamiento dentro de nuestro equipo.

Sin otra presente, quedo a vuestra disposición ".

- Estando la Directora de Personas de vacaciones en el momento en el que acaecen los hechos, el mismo día de su reincorporación al trabajo (8 de enero de 2024) se le informa de lo acaecido.

- En este sentido es Artemio (Director de la unidad de A&B) quien una vez corroborado la realidad de los hechos, se los comunica a Lourdes con la finalidad de que se tomen medidas.

(Todo esto agravado por el hecho de que otro compañero, Adolfo, atestigua que no es la primera vez que oye a Carmen hacer comentarios racistas/xenófobos a viva voz).

Este hecho acaecido el pasado 28 de diciembre cuyo conocimiento por la Dirección de Personas se ha dado el pasado 8 de enero de 2024, nos parece razón suficiente de desistir en nuestro objetivo de "hacerle cambiar de actitud", ya que consideramos que este tipo de trato y comentarios transgreden todo tipo de líneas rojas.

Teniendo en cuenta el criterio de proporcionalidad advertida por hechos semejantes, pero no tan graves en más de una ocasión por la Dirección de esta empresa, hemos decidido calificar este hecho como Faltas muy Grave "(...) los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad, o falta grave de respeto y consideración (...) y sancionarla con el despido.

Una vez recibido y valorado el Informe que emita el Comité de Empresa sobre los hechos descritos, ratificaremos la decisión con la pertinente carta de despido disciplinario. II.- Hemos de decir que no es la primera vez que nos llegan comentarios de compañeros/as suyos, en los que ponen de manifiesto la dificultad que entraña trabajar con usted debido a su actitud. Actitud que pasa por hacer de menos el trabajo ajeno con críticas constantes que lejos de ser constructivas generan un clima laboral de continuo conflicto que hace que haya compañeros/as que no quieran pasar a desempeñar sus funciones en el área de desayunos.

En este sentido, yo misma mantuve una conversación con usted el año pasado en la que le expuse cierto malestar que me había llegado por parte de una persona (en este caso la Responsable del Área de Desayunos). III.- independientemente de los hechos concretos que pudieran haber provocado el incidente del día 6 de abril, mediante la presente le quisiéramos advertir de que la Dirección de esta empresa no va a permitir actitudes despreciativas entre compañeras/os o que enturbien el clima laboral de esta empresa.

De igual manera, quisiéramos recordarle que el Convenio de Alojamientos de Gipuzkoa 2020 - 2024 en su artículo 52º "Premios, Faltas y Sanciones" califica como Falta Muy Grave: "(...) los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave de respeto y consideración a /os jefes/as o a sus familiares, así como a /os compañeros/as y subordinados/as (...)".

Pudiendo llegar a ser sancionados tales hechos con; "(...) suspensión de empleo y sueldo de 16 a 60 días; traslado forzoso del servicio a distinta localidad y despido con pérdida de todos los derechos en la Empresa (...)".

Si bien en este caso hemos optado por formalizar esta ADVERTENCIA no constitutiva de sanción, con la finalidad de que recapacite y modifique su actitud tanto hacia sus compañeros/as como hacia la empresa (ya que el inadecuado clima laboral contraviene directamente los intereses de la misma), le informamos que en caso de que no se de este cambio de actitud al que hacemos referencia, no dudaremos en tomar las medidas disciplinarias correspondientes ya que no tenemos ninguna duda en que estas actitudes no pueden ser de ninguna medida permitidas en el Grupo SADE.

En la confianza de que el presente escrito sirva como punto de inflexión tanto en lo referente en su actitud como en la relación que mantiene con sus compañeros/as.

Reciba un cordial saludo, Lourdes QUINTO. Que el día 23 de febrero de 2024 se intentó Conciliación ante la Delegación Territorial de Guipúzcoa del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, resultando el mismo sin avenencia.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por D^a. Carmen contra la empresa DEPORTES Y ESPECTACULOS S.A. y el FOGASA, DECLARANDO PROCEDENTE la decisión adoptada por la empresa demandada de extinguir el contrato de trabajo del demandante por razón de la comisión de una infracción muy grave con efectos desde el día 18 de enero de 2024, DEBIENDO de estar y pasar las partes por esta declaración, ABSOLVIENDO a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Entabla recurso de suplicación la demandante, Sra. Carmen, frente a la sentencia de instancia que ha desestimado su demanda de despido, calificándolo como procedente al apreciar que la trabajadora cometió una infracción muy grave, despido operado con efectos de 18 de enero de 2024.

El sustento de la decisión judicial lo constituyen los testimonios escuchados en el acto de juicio, que llevan al Juzgador a concluir que la actora ofendió muy gravemente a su compañero de trabajo, Sr. Abelardo, incumplimiento tipificado efectivamente como falta muy grave sancionable con despido en el convenio colectivo que resulta de aplicación a la relación laboral, y en el Estatuto de los Trabajadores, concluyendo que dado el contexto en el que se produjo la ofensa, sin mediar provocación por parte del Sr. Abelardo, tratándose en todo caso de un insulto racista sin justificación alguna, el despido es sanción proporcionada, y adecuada.

El recurso de suplicación pretende la revocación de la sentencia, y un pronunciamiento de la Sala que declare la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del despido con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

La empresa, Deportes y Espectáculos SA, ha presentado escrito impugnando el recurso en el que solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- El primero de los motivos, con amparo formal en el artículo 193 b) LRJS, interesa la revisión de los hechos probados de la sentencia en concreto del ordinal tercero de la misma.

Venimos afirmando que la reforma de hechos probados en un recurso extraordinario como es el de suplicación, está condicionada a que la modificación propuesta resulte relevante a los efectos del resultado del recurso y, por supuesto a que exista un error en la redacción de hechos probados de la sentencia (STS 13 de marzo de 2019, rec. 63/2018), exigiendo que la certeza del dato cuya inclusión se interesa o la falta de veracidad de aquél que se pretende eliminar, queden evidenciados de manera indubitada, concluyente e inequívoca por la fuerza directa que derive de documentos o pericias obrantes en las actuaciones, sin precisar la adición de ninguna otra prueba y sin necesidad de argumentaciones o conjeturas (STS de 26 de febrero de 2019, rec. 185/2017).

No prosperará la reforma cuando el contenido del documento o de la pericial, entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, de forma razonada, y no arbitraria o erróneamente, mayor valor, puesto que es al Juzgador de instancia a quien corresponde la valoración de la prueba que se somete a su consideración, sin que la Sala pueda alterar esa opción probatoria, salvo en supuestos de error, o arbitrariedad judicial, como tampoco puede descansar la revisión en igual documental o pericial ya asumida por el Juzgador para confeccionar el hecho probado, salvedad hecha del error en esa valoración judicial.

El hecho probado cuestionado refleja que sobre las 13 horas del 28 de diciembre de 2023, la demandante se encontraba sirviendo comandas en la barra del Hotel LASALA PLAZA, junto a su compañera Sra. Juliana, y que en un momento determinado llamó la atención a su compañero, Sr. Abelardo, que prestaba servicios como camarero atendiendo las mesas, porque había servido con pan unos calamares, y que cuando éste se giró para seguir con su trabajo, la demandante dijo en voz alta “Puto negro”, comentario que fue escuchado por la Sra. Juliana, la cual comunicó lo ocurrido a la Sra. Bárbara, en su condición de responsable de sala, quien lo comunicó por email al Sr. Daniel. Añade que el Sr. Daniel tras mantener una reunión con la demandante, con la Sra. Juliana y con el propio Sr. Abelardo, decidió iniciar un expediente disciplinario contra la actora por el mal trato dispensado a este trabajador.

Este extremo fáctico, como con toda claridad refleja la sentencia (fundamento de derecho quinto), se elabora tras la valoración de toda la prueba, también lo manifestado por el Sr. Abelardo (cuya declaración se acordó como diligencia final), y de manera especial acogiendo los testimonios de la Sra. Juliana, presente cuando ocurrieron los hechos que han dado lugar al despido, y del Sr. Manuel, director corporativo de la demandada. La resolución judicial recoge que el Sr. Manuel expuso que la Sra. Juliana le explicó lo ocurrido en relación con el insulto dirigido al Sr. Abelardo, recibiendo también un email de la Directora de RRHH en igual sentido, y que mantuvo una reunión con la Sra. Juliana, con el resto del personal, y con el Sr. Abelardo, quien admitió lo ocurrido, manifestando que le dijo que había escuchado el insulto que le dirigió la actora, tratando de justificarla diciendo que no le importaba, que estaba acostumbrado a que le trataran así.

Pues bien, la recurrente, invocando el documento número 11 de su ramo de prueba, en el que figuran las manifestaciones del Sr. Abelardo, pretende sustituir el contenido del ordinal tercero por la redacción que propone.

Reforma que no puede prosperar porque supone obviar las facultades del Juzgador de instancia en cuanto a la valoración de la prueba, singularmente ignorar los testimonios que acoge, y las razones que ofrece para ello, incluyendo la valoración que lleva a cabo del testimonio del Sr. Abelardo.

La recurrente pretende suplantar la valoración judicial por la suya propia, otorgando un valor especial al documento número 11 y a lo manifestado por el señor Abelardo en diligencia final, pruebas convenientemente valoradas por el Juzgador en el sentido que refleja la sentencia, que resulta lógico, y no erróneo, y mucho menos arbitrario.

TERCERO.- El segundo de los motivos, con amparo formal en el artículo 193 c) LRJS, denuncia la infracción de la STC 13/1982, artículo 97.2 LRJS, y artículo 218.2 de la LEC, en relación con el artículo 24.1 CE.

El motivo, que parte de un sustrato fáctico que no es el que refleja la sentencia dado que no se ha acogido la modificación del hecho probado tercero propuesta, argumenta que todas las actuaciones del expediente sancionador y la decisión final adoptada por la empresa carecen de prueba, que la carta de despido es una sucesión de chismes, delaciones, y nimiedades inconsistentes sin apoyo probatorio alguno, siendo lo cierto que la empresa está atravesando un periodo de cambios estructurales, que la actora se encontraba en el momento del despido gozando de una adaptación horaria por cuidado de hijo menor al amparo del artículo 34. 8 ET, por lo que el despido sería nulo. Añade que hay falta de motivación en la sentencia, causante de indefensión al incidir en la tutela judicial efectiva de la trabajadora, infringiéndose por indebida aplicación los artículos 54.2 c) y 55.3, ambos del ET, incidiendo nuevamente en que no hubo insulto, que el presuntamente agraviado no escuchó nada, y que consiguientemente nada se ha acreditado.

Se impone acudir a los hechos probados de la sentencia; conforme a la misma, la actora prestaba servicios como camarera para la demandada, desde el 29 de junio de 2018, y si bien no recogen que gozaba de una adaptación de jornada por cuidado de menor, ciertamente de la documental que incorpora a su ramo de prueba se desprende dicho extremo (recogida en el documento 20 del índice electrónico).

Como hemos avanzado, la sentencia refleja que sobre las 13 horas del día 28 de diciembre de 2023, la demandante se encontraba sirviendo comandas en la barra del Hotel LASALA PLAZA, junto a su compañera Sra. Juliana, y que en un momento determinado llamó la atención a su compañero, Sr. Abelardo, que prestaba servicios como camarero atendiendo las mesas, porque había servido con pan unos calamares, y que cuando éste se giró para seguir con su trabajo, la demandante dijo en voz alta "Puto negro", comentario que fue escuchado por la Sra. Juliana, la cual comunicó lo ocurrido a la Sra. Bárbara, en su condición de responsable de sala, quien lo comunicó por email al Sr. Daniel, y que éste tras mantener una reunión con la demandante, con la Sra. Juliana y con el propio Sr. Abelardo, decidió iniciar un expediente disciplinario contra la actora por el mal trato dispensado a este trabajador.

La trabajadora fue despedida con efectos de 18 de enero de 2024, conforme a la comunicación de despido que reproduce el hecho probado cuarto, despido sustentado en el art.52 del convenio colectivo de aplicación (convenio colectivo de Alojamientos de Gipuzkoa 2020 - 2024) que regula las faltas y sanciones calificando como falta muy grave: *"(...) los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave de respeto y consideración a los jefes/as o a sus familiares, así como a /os compañeros/as y subordinados/as (...)"* así como *"(...) originar frecuentes riñas y pendencias con las/los compañera/os de trabajo (...)"*.

Ciertamente la comunicación de despido alude a otros episodios conflictivos de la actora con compañeros de trabajo, si bien nada de esto figura en sentencia, debiendo valorar la Sala exclusivamente como ha hecho el Juzgador de instancia, si el despido es sanción adecuada para el incumplimiento acreditado, que desde luego constituye falta muy grave conforme se extrae del convenio colectivo de aplicación, e infracción sancionable con despido de acuerdo con el mismo.

Como esta Sala viene sosteniendo, las faltas de respeto y consideración hacia los superiores y compañeros de trabajo cometidas por la persona trabajadora deben enjuiciarse valorando la falta en sí misma, es decir su entidad o gravedad, y las circunstancias de lugar y tiempo en que se cometen, reservando el despido para aquellos incumplimientos dotados de especial significación por su gravedad y por su carácter injustificado.

En este supuesto, la actora dirigió a su compañero un insulto claramente racista, no en un ámbito coloquial, o en el marco de una estrecha camaradería (mal entendida desde luego), ni mucho menos tras mediar una discusión o provocación por parte del ofendido (tampoco lo justificaría), sino que lo profirió de forma intencionada, con ánimo de ofender considerando el origen racial del Sr. Abelardo, que es senegalés.

Este Tribunal tras rechazar que se haya generado indefensión alguna a la actora, considera en decisión mayoritaria que, al igual que sostiene la sentencia recurrida, el comportamiento de la demandante atenta contra la dignidad del Sr. Abelardo, siendo inadmisibles, claramente discriminatorios, y no es posible minimizarlos, máxime cuando el propio Sr. Abelardo le restó importancia porque, según expuso *"está acostumbrado desde hace tiempo a que otras personas le insulten de ese modo"*, manifestación que evidencia la absoluta necesidad de erradicar estos intolerables comportamientos, sin que sea posible restarles trascendencia, y mucho menos que la empresa los pase por alto.

Y no lo hizo la empleadora, acordando conforme al convenio colectivo de aplicación el despido de la demandante, sanción prevista para la infracción muy grave cometida, poder disciplinario que corresponde a la empresa, y con ello la elección de la sanción correspondiente dentro de las previstas en la norma convencional,

sin que la Sala pueda modificar la sanción impuesta al estar comprendida en el elenco de las establecidas convencionalmente para la falta muy grave cometida.

Lo expuesto determina que, previa desestimación del recurso de suplicación confirmemos la sentencia recurrida.

CUARTO.- No ha lugar a la condena en costas al gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita (art.235 LRJS).

FALLAMOS

Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por D^a Carmen frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Donostia/San Sebastián, dictada el 20 de noviembre de 2024, en los autos 194/2024, seguidos por D^a Carmen frente a DEPORTES Y ESPECTACULOS S.A. Se confirma la sentencia. Sin costas Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

VOTO PARTICULAR

que realiza el Ilmo. Sr. Magistrado D. Pablo Sesma de Luis en el **recurso de Suplicación 254/2025**

Considero que la conducta imputada a la trabajadora y que quedó demostrada, no merece la calificación de procedencia de tal despido disciplinario.

La carta de despido atribuye a la demandante dos conductas fundamentales.

La primera conducta se refiere a la actitud respecto a otros trabajadores de la empresa, que se venía produciendo con cierta frecuencia y que desembocó en una advertencia no sancionable, en abril de 2023.

La segunda conducta se centra en el acontecimiento del 28 de diciembre de 2023.

Pudiendo la empresa haber sancionado la conducta de los meses pretéritos, optó, como se ha dicho, por cursar una advertencia, pero sin imponer sanción alguna. Ello implica que, pudiendo haber ejercido la empresa sus facultades disciplinarias, omitió el ejercicio de dicho derecho, por lo que no puede acumular aquellas conductas a la que posteriormente acaeció el diciembre de 2023, con el fin de incrementar los hechos sancionables.

Por consiguiente, los únicos hechos que merecerían la sanción serían los acaecidos el 28 de diciembre de 2023.

Conforme a la prueba testifical acogida por la sentencia de instancia y que en el trámite del recurso de suplicación no puede ser enmendada, podemos dar con acierto que la demandante se refirió a su compañero de trabajo Abelardo como "puto negro" .

Existen circunstancias relevantes que resumidamente son las siguientes:

En primer lugar, el propio Abelardo reconoció no haber escuchado la expresión.

En segundo lugar, la expresión no fue escuchada por cliente alguno del establecimiento de hostelería.

En tercer lugar, la expresión sólo fue escuchada por otros dos trabajadores.

Se puede concluir por todo ello que la manifestación de la demandante careció de publicidad y fue emitida de una manera no premeditada sino espontánea.

Se une a ello la circunstancia de que no constan sanciones previas a la demandante y que la misma posee antigüedad desde el año 2018.

Por consiguiente la conducta de la demandante merecería una sanción inferior a la del despido.

Concretamente el artículo 52 del Convenio Colectivo aplicable, que tipifica como falta muy grave los malos tratos de palabra a los compañeros de trabajo, prevee como sanciones tanto la suspensión de empleo y sueldo de 16 a 60 días como el traslado forzoso del servicio a distinta localidad.

En resumen, el despido debió ser calificado como improcedente.

ADVERTENCIAS LEGALES.- Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.