



Roj: **STSJ AND 1353/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:1353**

Id Cendoj: **41091340012019100714**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2019**

Nº de Recurso: **73/2019**

Nº de Resolución: **687/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **AURORA BARRERO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso Nº 73 / 19 - K Sentencia nº 687/19

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Ilmo. Sr. Magistrado

DON LUIS LOZANO MORENO

Ilma. Sra. Magistrada

DOÑA MARÍA DEL CARMEN PÉREZ SIBÓN

Ilma. Sra. Magistrada

DOÑA AURORA BARRERO RODRIGUEZ (PONENTE)

En Sevilla, a siete de marzo de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 687/19

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Serafin , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla en sus autos nº 338/16; ha sido Ponente la Ilma. Sra. Doña AURORA BARRERO RODRIGUEZ, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Luis Angel contra Global Guzmán Prieto, D. Serafin , y el Ministerio Fiscal sobre Tutela, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 18/0918 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO. - El demandante Dº. Luis Angel , mayor de edad y con DNI nº NUM000 , viene prestando sus servicios para la empresa GLOBAL GUZMÁN PRIETO con una antigüedad de 01/10/12 con la categoría profesional de Operario de Limpieza, mediante un contrato de trabajo indefinido con una jornada a tiempo parcial de 20 horas y un salario de 614,67 euros jornada completa, trabajando en el centro de trabajo sito en la calle Travesía nº. 15 2º.D de Sevilla.

Se dan por reproducidos los contratos de trabajo de 01/10/12 y de 05/06/14 y la vida laboral del actor adjuntas a la demanda como Documento nº. 1.

Las urbanizaciones en las que principalmente realizaba el actor el servicio de mantenimiento son las ubicadas en las siguientes direcciones:

Calle Barrau núms. 11,13 y 15

Avda. de la Buhaira nº. 17

Avda. de la Prensa

Calle San Vicente

Calle Castillo de Alcalá de Guadaira, Bami.

Calle Tetuán esquina con Plaza Nueva (mantenimiento de la empresa Quinta Energy).

SEGUNDO.- El Convenio Colectivo de Limpieza de la provincia de Sevilla es de aplicación a las partes.

TERCERO.- Dº. Serafin , administrador único de GLOBAL GUZMÁN PRIETO, desde que tuvo conocimiento de la orientación sexual del actor (homosexual) habitualmente le vejaba y humillaba diciéndole expresiones ofensivas e injuriosas tales como "maricón", "maricón de mierda", " a este no le echéis cuenta que es maricón", diciéndole a los demás empleados refiriéndose al actor "tener cuidado con éste que es maricón...", "este tío es un inútil y un maricón; este tío no vale nada, lo tengo aquí porque lo conozco". Lo anterior se acredita en base al interrogatorio de así como valorando los testigos que depusieron a instancia de la parte actora.

Asimismo, y con ánimo vejatorio y despectivo, en ocasiones el Sr. Serafin hacía repetir al actor algún trabajo aunque estuviese bien realizado (interrogatorio del actor y testifical de Dª. Eva María).

En una ocasión, entre los meses de Enero y Febrero de 2014, Dª. Eva María se encontraba desayunado con Serafin (Sr Serafin), y hablando de Luis Angel (actor), le dijo a ella: "tú no estarás liada con él... si este es maricón".

En otra ocasión, unos meses antes de que la trabajadora Dª. Eva María dejara de trabajar en GLOBAL GUZMÁN PRIETO, encontrándose ella y el actor prestando servicios en la calle Bogotá, en presencia de ella, le dijo al actor que "era un maricón de mierda".

Los dos episodios anteriores se acreditan en virtud de la testigo que depuso a instancia de la actora Dª. Eva María .

No se acredita por el contrario que Dº. Serafin hiciese público en el ámbito de la empresa la orientación sexual del actor.

CUARTO. - En fecha 04/11/15, el actor presentó denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Sevilla, poniendo de manifiesto, entre otros particulares, que sometimiento del mismo a una situación constante de vejaciones y humillaciones debido a su orientación sexual por parte del administrador único de la empresa Dº. Serafin , así como discriminación por su orientación sexual por el hecho de ser homosexual. Se da por reproducida dicha denuncia aportada a los autos como Doc. n1. 3 adjunta a la demanda.

La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Sevilla, en fecha 23/02/16 remitió informe contestando que quedaba expedita la vía jurisdiccional ante la cual el actor pudiera interponer la oportuna demanda en orden a la salvaguarda de sus derechos ya que corresponde a los jueces y tribunales la valoración de la pertinencia o no de determinados elementos probatorios (Doc. nº.3 adjunto a la demanda que se da por reproducido).

QUINTO.- El actor en fecha 16/02/16 recibió de la empresa carta de despido con el siguiente tenor literal:

"Muy Sr. Nuestro:

La Dirección de esta empresa ha adoptado la decisión de proceder a su despido, en base al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, por los motivos que a continuación le exponemos: En los últimos meses la empresa ha venido sufriendo la pérdida de sucesivos clientes, lo cual conlleva a una merma en la demanda de los servicios que prestamos. Todo esto nos obliga a realizar una reestructuración de la plantilla con el fin de optimizar todos los recursos y lamentablemente a amortizar su puesto de trabajo de operario de limpieza. Así mismo por medio de la presente la empresa reconoce la improcedencia del despido y pone a su disposición la Indemnización establecida en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores será ingresada en el número de cuenta bancaria que Ud nos facilitó, así como la liquidación de haberes hasta la fecha de efecto del despido que será del día 16 de Febrero de 2016, Rogamos que en el momento de la firma de su liquidación ponga a disposición de la empresa los uniformes de trabajo que Ud tiene en su poder. Sin otro particular, le saluda atentamente"

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Los demandados han formulado recurso de suplicación frente a la sentencia por la que se estimó parcialmente la demanda de tutela de derechos fundamentales formulada por el actor y se les condenó a cesar en la conducta vulneradora de derechos y a indemnizar al trabajador en la suma de 20000 € por los daños y perjuicios sufridos. El recurso fue impugnado de contrario.

SEGUNDO. - Aunque planteado como último motivo del recurso, se ha de examinar, en primer lugar, la petición de nulidad de actuaciones (que, sin embargo, no se solicita en el suplico del escrito del recurso, en el que lo que pretende es la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda) que los recurrentes efectúan al amparo de lo establecido en el apartado a) del artículo 193 LRJS. Alegan que la acción se encuentra prescrita, al no haberse producido los hechos que se dan por probados en el año anterior a la presentación de la demanda o de inicio de la IT del trabajador, y que esta alegación de prescripción se efectuó en el acto del juicio, aun cuando la sentencia nada resolvió en relación con ella.

Antes de descender al caso concreto procede reproducir los argumentos contenidos en la sentencia de esta Sala 2460/2017 de 13/9/17 recurso 2522/2016, la cual, con cita de la doctrina TS establece "... La jurisprudencia de esta Sala, contenida entre otras muchas en las SSTS/IV 23 de julio de 2001 ... 29 de abril de 2005 ... 30 de junio de 2008 ... 27 de septiembre de 2007 ... y 16 de diciembre de 2009 ... así como las que en ellas se citan ... acorde con la jurisprudencia constitucional, ha establecido que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (artículo 24.1 CE) y que hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al proceso en el momento procesal oportuno siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita ... El Tribunal Constitucional viene definiendo la incongruencia omisiva o ex silentio en una consolidada doctrina (sentencia 91/2003 de 19 de mayo ... y 218/2003 de 15 de diciembre ... entre otras muchas) como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (SSTC136/1998 de 29 de junio ... y 29/1999 de 8 de marzo ...) que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discorra la controversia procesal ... Lo que en el supuesto de la incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 124/2000 de 16 de mayo , 186/2002 de 14 de octubre y 6/2003 de 20 de enero ").

Es cierto que la sentencia de instancia nada resolvió en relación con la prescripción opuesta; ahora bien, no se estima que ello deba determinar la nulidad de la sentencia dictada, al constar datos que permiten resolver sobre la misma.

Como declaró esta Sala en sentencia de 5/6/08 , con cita de la doctrina del T.C. si bien los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles, ello es compatible con que para reaccionar frente a cada lesión concreta de cualquier derecho fundamental el ordenamiento establezca límites temporales a la vida de la correspondiente acción; límite que, en el caso, ha de ser el de un año, por remisión a lo dispuesto en el artículo 59.1 ET para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan plazo especial. El dies a quo, por su parte, en supuestos de actos continuados, ha de ser el del último acto integrante de la conducta genérica de acoso laboral, dada la inexistencia de una sola conducta empresarial.

En los hechos probados de la misma, sin perjuicio de referir algún episodio concreto datado en el año 2014, se hace referencia a una conducta vejatoria y denigrante habitual y continuada contra el actor desde que el administrador de la empresa tuvo conocimiento de su orientación sexual y se hace igualmente referencia a una denuncia presentada por el trabajador ante la Inspección de Trabajo, en noviembre de 2015, entre otras razones, por las vejaciones y humillaciones referidas. En los fundamentos jurídicos, con valor de hechos probados, se manifiesta que la patología psíquica que sufrió el actor y que determinó su situación en IT y su posterior incapacidad derivaron de la problemática laboral; y teniendo en cuenta estos datos se ha de concluir que la

demanda, que se presentó en marzo de 2016, lo fue en plazo. No puede olvidarse el carácter restrictivo con que, en todo caso, debe interpretarse la prescripción, como institución basada en principios de seguridad jurídica y no de estricta justicia.

TERCERO .- Por el cauce del apartado b) del artículo 193 LRJS pretenden los recurrentes revisión de hechos probados.

Como estableció la sentencia TS de 12/7/17 "... para que la revisión pueda prosperar han de concurrir los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico, sin que baste mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de un elemento probatorio obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este modo de prueba, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, sin que sea suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada; c) Que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone; d) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. e) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia, sin que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo"

Solicitan los recurrentes que el hecho probado tercero quede redactado así: "Examinada la prueba practicada en el acto del juicio, documental y testifical, no se acredita en modo alguno que D. Serafin, administrador único de Global Guzmán Prieto, haya vejado y humillado habitualmente al demandante diciéndole expresiones ofensivas e injuriosas tales como maricón, maricón de mierda, a éste no le echéis cuenta que es maricón, diciéndoles a los demás empleados refiriéndose al actor tener

cuidado con éste que es maricón, este tío es un inútil y un maricón, este tío no vale nada, lo tengo aquí porque lo conozco. Lo anterior se acredita en base a la no existencia de documento alguno que corrobore la versión de la parte demandante y ante la existencia de versiones contradictorias en los testigos que declaran ante la judicial presencia teniendo más credibilidad los testigos propuestos por la parte demandante, ya que estos últimos declararon de forma dubitativa y menos convincente que los propuestos por la parte demandada." No puede accederse a la revisión pretendida. No se indica documento alguno del que resulte error del juzgador; la revisión se basa en las declaraciones de los testigos; se pretende sustituir la valoración de la Juzgadora por la personal y subjetiva de los recurrentes; y se contienen hechos negativos y valoraciones predeterminantes del fallo.

Las alegaciones efectuadas por los recurrentes en este motivo de recurso en relación con los defectos de la demanda, su inconcreción y la indefensión que ello les genera debieron de hacerse valer por el cauce adecuado; y las extensísimas alegaciones que se efectúan en relación con la valoración de la prueba, el análisis de las declaraciones de los testigos, el examen de los problemas psíquicos del actor, las carencias del informe pericial aportado y la inexistencia de conducta homófoba del administrador de la empresa, no encajan en el apartado b) relativo a la revisión de hechos probados. En definitiva, lo que los recurrentes pretenden, sin seguir los cauces establecidos para el recurso de suplicación, que tiene carácter extraordinario, es que se valore nuevamente y en su integridad toda la prueba practicada y se sustituya la valoración del Juez de instancia por la propia de los recurrentes, lo que no resulta posible.

CUARTO .- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 LRJS denuncian los recurrentes infracción de normas y jurisprudencia. Alegan falta de concreción y motivación del importe solicitado en la demanda, insistiéndose nuevamente en los defectos de la misma y en la indefensión que se les genera, por lo que solicitan que se dicte sentencia en la que no se les condene al abono de cantidad alguna. Estos defectos, como ya antes se indicó, se deberían de haber alegado a través del cauce adecuado, y no al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS.

La resolución de este motivo del recurso obliga a efectuar una precisión. Los recurrentes no niegan en este apartado del recurso, aunque sí lo hicieron de manera defectuosa y genérica, en el apartado de revisión de hechos probados, la existencia del acoso a que la sentencia recurrida se refiere; por lo que, visto el inalterado relato de hechos probados, del que se deduce una actitud habitual y continuada de humillación y vejación del actor por parte del administrador de la empresa, como consecuencia de su orientación sexual, procede confirmar la existencia del acoso declarado y de la vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Lo que habría que analizar, por tanto, es el importe de la indemnización establecida, cuantificada en la sentencia de instancia en 20000 €, que es la única cuestión planteada de manera correcta en el recurso.

La sentencia recurrida fija el importe de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, ponderadamente, en la suma de 20000 €; y se estima que esta cantidad es correcta, teniendo en cuenta la conducta homófoba de los demandados con el actor y la existencia de daño moral que ello comporta, único al que se refiere el importe establecido, dada la falta de concreción y detalle respecto de otros posibles daños.



El artículo 183 LRJS contempla la indemnización por haber sufrido el accionante discriminación o cualquier otra lesión en sus derechos fundamentales y es este daño el que se resarce con la suma establecida, por lo que no se pueden acoger las alegaciones de los recurrentes relativas a falta de motivación y concreción de la suma solicitada.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso y la imposición de costas a los demandados.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por Global Guzmán Prieto y D. Serafin contra la sentencia dictada el 18/9/18, por el Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla, en los autos nº 338/16, iniciados en virtud de demanda de tutela de derechos fundamentales formulada por D. Luis Angel contra Global Guzmán Prieto y D. Serafin, confirmamos la sentencia recurrida. Se condena a los demandados al pago de las costas del recurso, en las que se comprenden los honorarios del Sr. Letrado impugnante del recurso, en cuantía de 600 € más el IVA correspondiente, que en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) Exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) Referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) Que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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