



Roj: **STSJ AS 3527/2016 - ECLI:ES:TSJAS:2016:3527**

Id Cendoj: **33044340012016102698**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2016**

Nº de Recurso: **2426/2016**

Nº de Resolución: **2657/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Avilés, núm. 2, 08-07-2016 ,  
STSJ AS 3527/2016**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 02657/2016**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**NIG:** 33004 44 4 2016 0000269

Equipo/usuario: MAR

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0002426 /2016**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000134 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Cayetano

**ABOGADO/A:** ASTOR PRENDES GARCÍA

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** Mº FISCAL, Leopoldo

**ABOGADO/A:** , ESTEFANIA FERNANDA RODRIGUEZ SERRANO

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

Sentencia 2657/16

En OVIEDO, a trece de diciembre de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, formados por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRIGUEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ

ARDAVIN y D. JOSÉ FELIX LAJO GONZÁLEZ, Magistrados de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el RECURSO SUPPLICACION 0002426 /2016, formalizado por el Letrado D. ASTOR PRENDES GARCIA, en nombre y representación de D. Cayetano , contra la sentencia número 291 /2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de AVILES en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000134 /2016, seguidos a instancia de Cayetano frente a Mº FISCAL, Leopoldo , siendo Magistrado-Ponente el Ilma. Sra. Dª CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D. Cayetano presentó demanda contra Mº FISCAL, Leopoldo , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 291 /2016, de fecha ocho de julio de dos mil dieciséis .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

" 1º.- La parte demandante don Cayetano , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa EUSEBIO SERRANO FERNÁNDEZ con una antigüedad desde el 26 de octubre de 2015, mediante un contrato temporal, eventual por circunstancias de la producción, a tiempo parcial con una jornada de trabajo de 20 horas a la semana con un salario diario 18,72 euros, con una categoría profesional de monitor de gimnasia. El lugar de prestación de servicios está situado en la calle Santa Apolonia "GYM ENSI" Avilés.

2º. - El actor tenía el siguiente horario:

Lunes, Miércoles y Viernes en horario de mañana de 10:00 a 12:00 horas y en horario de tardes de 18:00 horas a 20:00 horas y de 21:00 horas a 22:00 horas.

Martes y jueves en horario de mañana de 10:00 a 11:00 horas y en horario de tarde de 19:00 horas a 20:00 horas y de 21:30 horas a 22:00 horas.

3º. - El actor inicia un periodo de incapacidad temporal el día 26 de enero de 2016 por enfermedad común con el diagnóstico de ansiedad. Solicitó el alta voluntaria en fecha 1 de febrero de 2016.

4º. - Con fecha 12 de febrero de dos mil dieciséis la empresa le entregó carta de despido del siguiente tenor:

"En Avilés, a 12 de febrero de 2016-12-12

Muy Sr. Nuestro:

La Dirección ha podido constatar que su compromiso con la compañía no se ajusta al requerido para cumplir con las exigencias y objetivos del puesto, que, como Monitor, viene desempeñando, por cuyo motivo ha dispuesto proceder a la extinción de su contrato de trabajo, mediante DESPIDO, con fecha de efectos día 12-2-16.

Le rogamos acuse recibo de la presente, para la debida constancia, sin que la cumplimentación de dicho trámite suponga la conformidad por su parte con la decisión extintiva.

Asimismo le informamos que queda a su disposición en las oficinas de la empresa la liquidación y documentación correspondiente".

5º.- La condición sexual del demandante, homosexual, era conocida por el demandado y demás empleados del gimnasio.

6º.- Otra trabajadora del gimnasio, limpiadora, le preguntó al demandante si estaba delgado porque padecía SIDA. No consta que la empresa tuviera conocimiento de este hecho.

7º.- Con motivo de una cena de empresa en la época de Navidad se colocó en la recepción del gimnasio una hoja con las personas que se inscribían, lo que así hizo el demandante, con su categoría de monitor. Alguien añadió a continuación una "a" ("monitora"). El Sr. Cayetano al advertir el añadido, retiró la hoja. No consta quién fue la persona que añadió la "a", ni el tiempo en que permaneció expuesto de tal forma el cartel, ni tampoco si el demandado conoció este hecho.

8º.- El demandado recibió quejas sobre el Sr. Cayetano de alguna cliente del gimnasio por motivos no conocidos y de otros monitores por interrumpir su trabajo en el horario en el que el Sr. Cayetano no se encontraba prestando sus servicios.

9º.- es de aplicación el convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios.

10º.- El demandante no es representante de los trabajadores, ni ostenta cargo sindical.

11º.- Se celebró acto de conciliación el 29 de febrero de dos mil dieciséis, que concluyó con el resultado de intentado sin efecto."

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

"Desestimando la demanda formulada por don Cayetano contra la empresa "Eusebio Serrano Fernández" en su pretensión principal y Estimándola en la subsidiaria, debo declarar y declaro la improcedencia del despido que le fue notificado al demandante, condenando a la demandada, la cual deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, lo readmita en su puesto de trabajo o a indemnizarlo en la suma de 205,92 euros. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación, por cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento.

Se desestima la demanda en lo restante".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Cayetano formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 10 de octubre de 2016.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 24 de noviembre de 2016 para los actos de votación y fallo.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** La sentencia de instancia desestima la pretensión de declarar nulo el despido, formulada en la demanda con carácter principal, razonando que aunque lo imputado al actor en la carta de despido adolece del defecto de no concretar la conducta sancionada, y que tampoco se hizo en el acto del juicio, no se han probado indicios de un trato discriminatorio por su orientación sexual, lo que provocaría la inversión de la carga probatoria hacia la empresa, "que se limita a indicar, un hecho admitido por el trabajador, que había recibido quejas de clientes y del otro monitor sobre el actor", por lo que concluye que el despido es improcedente.

La sentencia es recurrida por el trabajador formulando un único motivo, amparado en el art. 193 c) de la LRJS, en el que denuncia la infracción del art. 4-2c) en relación con el art. 17-1 del ET, sosteniendo que el despido es nulo. Argumenta, en síntesis, que ha cumplido con la exigencia jurisprudencialmente establecida de aportar indicios de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental a no ser discriminado pues en la demanda se indicó que a partir del momento en que llegó a conocimiento de la empresa su condición sexual, así como la existencia de quejas en algunos alumnos por este motivo, comenzó un calvario que le llevó a acudir a su centro de salud en los meses de enero y febrero por trastornos relacionados con la ansiedad que le producía su situación laboral, sin que la empresa haya desplegado ni una sola prueba de que el despido responda a una causa distinta a la denunciada vulneración del derecho fundamental, cuando le habría resultado muy fácil hacer constar al menos las quejas de alumnos o profesores que motivaron el despido, pero no lo hizo ni en la carta ni en el acto del juicio.

En el escrito de impugnación del recurso, la empresa demandada solicita la confirmación de la sentencia recurrida, alegando que no se produjo trato discriminatorio alguno y que la decisión extintiva obedece a un motivo estrictamente laboral.

**SEGUNDO:** Dado que el recurso no combate por la vía prevista en el art. 193 b) de la LRJS los hechos que la sentencia de instancia declara probados, resulta forzoso partir de los mismos, incluidos los que con valor fáctico se contienen en la fundamentación jurídica, para determinar si, contrariamente a lo apreciado por la Juzgadora, existen indicios razonables de que ha podido producirse la discriminación denunciada, pues, como destaca la STC 41/2006, de 13 de febrero, "los tratos desfavorables por razón de la orientación homosexual, también los que se produzcan en el trabajo, constituyen una discriminación proscrita por el art. 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 de la propia Constitución".

La sentencia recurrida relata que: 1º el actor prestaba servicios para el empresario demandado desde el 26 de octubre de 2015, con la categoría de monitor de gimnasia, mediante un contrato temporal a tiempo parcial; 2º con fecha 12 de febrero de 2016 la empresa le entregó carta de despido del siguiente tenor: "La Dirección ha podido constatar que su compromiso con la compañía no se ajusta al requerido para cumplir con las exigencias y objetivos del puesto que, como Monitor, viene desempeñando, por cuyo motivo ha dispuesto proceder a la extinción de su contrato de trabajo, mediante DESPIDO, con fecha de efectos día 12-2-16"; 3º la condición sexual del demandante, homosexual, era conocida por el demandado y demás empleados del gimnasio; 4º otra trabajadora del gimnasio, limpiadora, le pregunto al demandante si estaba delgado porque padecía SIDA; 5º con motivo de una cena de empresa en la época de Navidad se colocó en la recepción del gimnasio una hoja con las personas que se inscribían, lo que así hizo el demandante, con su categoría de monitor. Alguien añadió a continuación una "a" (monitora"); 6º el demandado recibió quejas sobre el Sr. Cayetano de alguna cliente del gimnasio por motivos no conocidos y de otros monitores por interrumpir su trabajo en el horario en el que el Sr. Cayetano no se encontraba prestando sus servicios; 7º en la historia clínica del CS aparece consignado el 22 de enero que "desde diciembre refiere situación de acoso por parte de una compañera y algunas alumnas y comentarios despectivos que hacen también referencia a su condición sexual".

Sobre la base de esos hechos, la sentencia niega que existan indicios de un trato discriminatorio, pues no consta que la empresa tuviere conocimiento del incidente ocurrido con la limpiadora; tampoco consta quien fue la persona que añadió la "a" en la lista de inscritos a la cena, ni si el demandado conoció ese hecho; de la historia clínica resulta que el actor focaliza el origen del acoso en una compañera y clientes, pero no hace indicación alguna del conocimiento, consentimiento o pasividad por el demandado; y la única imputación concreta al empleador se hace en la declaración de los testigos Sra. Antonia, que refiere haber oído que éste dijera que "a este maricón de mierda lo iba a echar yo" y otras frases despectivas, testimonio que la Juzgadora descalifica razonando que, "al margen de la amistad que unía a la testigo con el demandante, que aquella no reconoció, pero que se evidencia de su declaración -iba a tomar café, fuera del gimnasio, etc.- lo cierto es que la testigo no refiere el contexto en el que se pronunció aquella frase, no para comprender y justificar su contenido, sino para verificar la verosimilitud de su testimonio, máxime cuando aquella testigo, una mera cliente del gimnasio, manifiesta haber presenciado la totalidad de los hechos en que se basa la tesis de la parte actora, ocurrido en diversos días..."

Esta Sala no puede revisar la valoración de la prueba testifical, pero, a la luz de los hechos que se declaran probados, considera que existen indicios suficientes de que el despido puede estar relacionado con la orientación sexual del actor, pues, como ha afirmado con reiteración el Tribunal Constitucional, tienen aptitud indiciaria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de vulneración del derecho fundamental.

Es sabido que el deber de aportación por el trabajador de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona un derecho fundamental no consiste en la mera alegación de vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, por lo que, en situaciones como la de autos, a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato de trabajo será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión el factor protegido (la libre orientación sexual del trabajador, en este caso) y el resultado de perjuicio que concretaría la lesión (esta vez, el despido), por cuanto la orientación homosexual representa únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la violación del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por si solo desplace al demandado la regularidad constitucional de su acto (STC 41/2006, de 13 de febrero).

Esa conexión necesaria se aprecia en el caso enjuiciado, pues los hechos declarados probados apuntan como mínimo la posibilidad de lesión y, ante la genérica imputación que se realiza en la carta de despido, poseen entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la posible vulneración del derecho fundamental,

circunstancia que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, impone a la empresa la carga probatoria de desvincular su acto del panorama indicarlo aportado.

En lo que atañe a la carga probatoria del empresario, el Tribunal Constitucional ha sentado una serie de criterios coincidentes en casos de muy diversa naturaleza, disciplinaria o de otro carácter, que sintetiza la STC 183/2015 en los siguientes términos; "i) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; ii) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar ad casum que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; iii) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; iv) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria".

Llevado lo expuesto al caso, solo podría llegarse a la conclusión de que no existe despido nulo si la empresa demandada hubiera acreditado que el actor incurrió en incumplimientos contractuales merecedores del despido o si, pese a no conseguirlo, hubiera logrado despojar de todo fundamento la conexión indiciaria entre los hechos alegados por el trabajador y la decisión extintiva adoptada, lo que con toda claridad no ha ocurrido, pues la sentencia de instancia declara que la conducta sancionada no se concreta en la carta de despido, "pero tampoco en el juicio, en el que la empresa no trató de acreditar la procedencia del despido" (FD1), y "se limita a indicar, en hecho admitido por el trabajador, que había recibido quejas de clientes y del otro monitor sobre el actor" (FD2).

Esa genérica explicación no resulta suficiente para neutralizar el panorama indiciario de que el despido podría estar relacionado con la orientación homosexual del actor, máxime cuando la demanda alega que la existencia de quejas de algunos alumnos por su condición sexual dio lugar a una situación laboral que ha culminado con un despido disciplinario carente de fundamento.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso y declarar nulo el despido. La petición de abono de una indemnización de 6000 euros en concepto de daños sufridos, contenida en el suplico, no puede ser acogida, pues carece de la debida formalización. Ninguna de las normas que se denuncian infringidas establece tal indemnización, sino únicamente la nulidad de la decisión empresarial, y en el recurso no se argumenta sobre la procedencia de la misma ni se exponen los criterios tenidos en cuenta para su cuantificación, omisión que esta Sala no puede subsanar de oficio.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Cayetano ante la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº2 de Avilés, en los autos sobre despido seguido a instancia del reurrente contra la empresa EUSEBIO SERRANO FERNANDEZ, revocamos la resolución impugnada y declaramos nulo el despido, condenando a la empresa demandada a la inmediata readmisión del actor y a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

### *Tasas judiciales para recurrir*

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

### *Depósito para recurrir*

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las



entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

**Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

#### *Consignación o aseguramiento del importe de la condena*

Asimismo, por aplicación del Art. 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

#### *Exenciones de los depósitos y consignaciones*

El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán **exentos** de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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