



Roj: **STSJ GAL 7146/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:7146**

Id Cendoj: **15030340012022104892**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2022**

Nº de Recurso: **4160/2022**

Nº de Resolución: **4578/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

Sección Primera

SENTENCIA: 04578/2022

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax:

Correo electrónico:

NIG: 27028 44 4 2021 0003362

Equipo/usuario: JG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0004160 /2022 ML

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000762 /2021

RECURRENTE/S D/ña VRIO PACK S.L.

ABOGADO/A: CARMEN TARRON COUTO

RECURRIDO/S D/ña: Cipriano

ABOGADO/A: OSCAR NUÑEZ-TORRON LATORRE

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

ILMA. SRA. D^a MARTA MARIA LOPEZ-ARIAS TESTA

En A CORUÑA, a diez de octubre de dos mil veintidós.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION **4160/2022**, formalizado por la letrada D^a CARMEN TARRON COUTO, en nombre y representación de VRIO PACK S.L., contra la sentencia número 119/2022 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de LUGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 762/2021, seguidos a instancia de Cipriano frente a VRIO PACK S.L., siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D/D^a Cipriano presentó demanda contra VRIO PACK S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 119/2022, de fecha siete de marzo de dos mil veintidós.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.-D. Cipriano, mayor de edad y con DNI nº NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada VRIO PACK, S.L., con CIF nº B-27171933, dedicada a la actividad económica de fabricación de papel y cartón ondulados y fabricación de envases y embalajes de papel y cartón, desde el 5 de noviembre de 2012, con categoría profesional de mozo de almacén y salario de 1.203 euros mensuales, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias (39,62 euros/día), que venía percibiendo mensualmente. El contrato del actor era indefinido, a tiempo completo, de lunes a viernes, con los descansos que establece la Ley. SEGUNDO.-El actor estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 18 de diciembre de 2019. En data 8 de octubre de 2021 se emitió resolución por el Inss en la que se denegaba la incapacidad permanente instada. Dichas resoluciones se encuentran unidas a las actuaciones y su contenido se da por expresamente reproducido. Tras varias conversaciones por email, el actor se incorporó a su puesto de trabajo el 27 de octubre de 2021. TERCERO.-El 27 de octubre de 2021 la demandada comunicó al actor que, con efectos de ese día, procedía a su despido disciplinario. El contenido de la comunicación es el siguiente: Muy Señor mío: La dirección de esta empresa le comunica que ha tomado la decisión de proceder a su DESPIDO DISCIPLINARIO por acoso por razón de orientación sexual. Los motivos de esta decisión se basan en los siguientes hechos: Vrio Pack, S.L. tiene aprobado un Código ético, basado en la ética, la integridad y los valores de cumplimiento normativo y un Plan de prevención de delitos, "compliance penal" para prevenir la comisión de delitos en la empresa, así como la prevención de acoso por razón de sexo y laboral y todos los trabajadores de Vrio Pack deben conocer, entender y cumplir con los compromisos y principios que se recogen en este Código Ético y en el plan de prevención de delitos, así como con las normas y procedimientos aplicables a las responsabilidades que tiene asignadas. Contribuir al conocimiento, comprensión y cumplimiento del Código, solicitar ayuda en caso de duda, informa de conductas irregulares que, eventualmente y en las materias recogidas en el Código, puedan observar prestar su colaboración en el buen funcionamiento de los sistemas de control interno implantados por la Organización. El acoso es, por definición, un acto pluriofensivo que afecta a varios intereses jurídicos entre los que destaca la dignidad de la persona trabajadora como positivización del derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral. La afectación a la dignidad, con todo, no impide que un acto de estas características pueda generar igualmente un daño a otros intereses jurídicos distintos tales como la igualdad y la prohibición de discriminación, el honor, la propia imagen, la intimidad, la salud, etc. Pero aun y con ello será siempre pro definición contrario a la dignidad. El acoso sexual y el acoso por razón de sexo genera siempre una afectación a la dignidad de quien lo sufre y es constitutivo de discriminación por razón de sexo. En el ámbito de VRIO PACK S.L. no se permiten ni toleran conductas que puedan ser constitutivas de acoso sexual o por razón de sexo en cualquiera de sus manifestaciones y VRIO PACK SL manifiesta su tolerancia cero ante la concurrencia en toda su organización de conductas constitutivas de acoso sexual o acoso por razón de sexo. Contraviniendo todo lo anterior, Ud. se ha dirigido de forma continuada y reiterada en el tiempo al Jefe de RRHH con las siguientes expresiones verbales y homófobas de "maricón", "aquí huele a maricón", lo que constituye de acoso por orientación sexual contrario a la dignidad humana. Los artículos 46.2 y 48 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el RD 901/2020 de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales. Es por ello que y en aplicación del art. 54.2.g) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, establece como causa de despido: "el acoso por orientación sexual" la empresa ha día demás, le comunicamos que debe proceder a devolver cualquier material, ropa de trabajo o cualquier equipo o utensilio que obre en su poder y que sea propiedad de esta empresa con carácter inmediato. Sin otro

particular, Lugo, a 27 de octubre e 2021 CUARTO.-Por la empresa se mantiene que el actor ha estado acosando por razón de sexo al Jefe de RRHH, con expresiones verbales y homófonas tales como "maricón", "aquí huele a maricón"...lo que constituye actos de acoso por orientación sexual contrario a la dignidad humana. QUINTO.-El demandante no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical de los trabajadores. SEXTO.-El 25 de noviembre de 2021 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio Provincial de Mediación Arbitraje e Conciliación de la Consellería de Traballo de la Xunta de Galicia, que concluyó como intentado sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Cipriano, frente a la entidad VRIO PACK, S.L., debo declarar y declaro improcedente el despido del demandante con efectos de fecha 27 de octubre de 2021, y condeno a la demandada a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle por la extinción de la relación laboral con la cantidad de 11.876,09 euros, sin salarios de tramitación, debiendo poner en conocimiento del Juzgado en el plazo antes dicho, si opta o no por la readmisión. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación, en la cuantía de 39,62 euros/día, debiéndose descontar los percibidos en los servicios prestados para otras entidades.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, impugnado de contrario.

Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la empresa la estimación parcial de la demanda, aquietándose al relato de los hechos declarados probados y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación del artículo 55.1 ET; y de los artículos 4.2.c) y e), y 54.1 y 2 ET; 63.3 y 64.1 del CC aplicable; y 14 CE.

SEGUNDO.- 1.- Comenzando por el motivo relativo a la suficiencia de la carta, hemos de coincidir con la Magistrada de Instancia en que la comunicación no cubre suficientemente los requisitos para la identificación del hecho. No está de más recordar (lo hacíamos en SSTSJ Galicia 21/01/22 R. 5321/21, 20/01/22 R. 4996, 17/11/21 R. 3834/21, 08/10/20 R. 2479/20, 18/12/19 R. 5005/19, 14/11/19 R. 3790/19, etc.) que la exigencia formal en la comunicación por escrito de un despido o una sanción [o de otra medida de flexibilidad empresarial, añadiríamos nosotros] responde a la triple finalidad de proporcionar conocimiento de los hechos para poder impugnarlos sin indefensión, de determinar los motivos de la posible oposición y de proceder a la delimitación fáctica de una posible controversia judicial, por lo que el requisito ha sido considerado siempre como dotado de carácter ad solemnitatem y comportando la necesidad de que en la notificación del despido o sanción [o de la medida de modificación] se describan los hechos que integran la causa de la decisión empresarial en términos de adecuado detalle cronológico, cuantitativo y circunstancial que sin llegar a un rechazable sacramentalismo permitan al trabajador aprestar los medios adecuados de defensa, lo que se hace imposible tanto en los supuestos de acentuado laconismo narrativo cuanto en los de imprecisiones o vaguedades, que obviamente llevan a un claro desamparo procesal (SSTS 29/09/75 Ar. 3701; 21/05/76 Ar. 3359; 11/05/77 Ar. 2616; 16/11/82 Ar. 2418; 30/04/90 Ar. 3512; 28/04/97 -rcud 1076/96-; y 16/01/09 -rcud 4165/07-).

Y, por lo mismo, la jurisprudencia (STS 18/01/00 -rcud 3894/98-) [en relación a las cartas de despido, pero que podrían proyectarse sobre los motivos justificadores o explicativos de cualquier otra decisión] ha sostenido que la finalidad de la carta no se cumple cuando la comunicación sólo contiene imputaciones genéricas que perturban la defensa del trabajador y atentan contra el principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador (SSTS 17/12/85 Ar. 6133; 11/03/86 Ar. 1298; 20/10/87 Ar. 7088; y 13/12/90 Ar. 9780). Y, por ello, el hecho de que deba tenerse en cuenta una gran variedad de circunstancias, hace que la valoración de si la carta de despido [o de modificación] cumple con el requisito de la suficiencia de hechos que motivan el despido [o la modificación] consienta un amplio margen a la apreciación del juzgador de instancia (STS 22/02/93 Ar. 1266; y 18/06/93 Ar. 6291). Pero, en todo caso, sólo se atribuye consecuencia de nulidad cuando la falta de conocimiento de los hechos imputados [o justificadores, en caso de modificación sustancial] o la defectuosa notificación escrita es imputable a la empresa; y si el despido [o empleado afectado] conoce todas las circunstancias precisas para su adecuada defensa frente al empleador, aquella omisión no es decisiva (SSTS 10/11/86 Ar. 6672), pues la omisión de algún aspecto en la carta de despido [o de modificación] sólo acarrea su invalidez si genera indefensión (SSTS 13/03/86 Ar. 1317; y 30/01/89 Ar. 316).

En particular, hemos indicado (STSJG 13/10/15 R. 3162/15) que *-la negrita y cursiva es nuestra-* no es «preciso que en la carta de despido se incluya la calificación jurídica de la falta laboral que se imputa -tal como pretende la parte actora en su recurso-, exigencia no contemplada en el Estatuto de los Trabajadores, ni tampoco en el Convenio Colectivo del sector, pues el requisito fundamental y básico en que se concreten suficientemente los hechos que se imputan, dado que la tipificación es de naturaleza jurídica y el órgano judicial ha de aplicar la que corresponda en función de los hechos probados (STJ Galicia de 2 de noviembre de 2010)». Criterio que hemos reiterado en numerosas Sentencias posteriores (las ya citadas, SSTSJ Galicia 17/11/21 R. 3834/21, 08/10/20 R. 2479/20, 18/12/19 R. 5005/19, 14/11/19 R. 3790/19, 20/03/18 R. 5173/17, etc.); a lo que podríamos añadir que *-de hecho-* puede existir un error en la calificación y ello no afectaría a la validez de la sanción desde esa perspectiva, siempre que esos hechos puedan integrarse en una infracción de la misma gravedad al despido; o, también, «cuando en la carta de despido se incluye una tipificación jurídica de la falta laboral y la misma es incorrecta, por ser otro distinto el convenio aplicable, ello no afecta a la legalidad del despido si, de conformidad con el convenio colectivo que sí es aplicable, los hechos imputados son igualmente merecedores de la misma sanción de despido (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León Valladolid de 26 de enero y 1 de junio de 2011). Tampoco afecta a la legalidad del despido el que se mencionen varios tipos sancionadores de los recogidos en el convenio y se omitan otros igualmente aplicables que justificarían también la sanción de despido, siempre y cuando los hechos constitutivos aparezcan en la carta de despido expresamente (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de junio de 2010)» (STSJ Canarias 17/03/21 R. 903/20).

Esto implica que sea esencial la identificación del hecho, lo que exige datarlo concretamente, sin que valgan referencias vagas e imprecisas, pues la defensa del despedido exigirá conocer qué hecho y en qué fecha se le imputa; y a lo que creemos -en criterio coincidente con la Magistrada de Instancia- dicha carta no cumple las exigencias referidas: se le imputa el empleo de una serie de expresiones homófobas execrables contra su jefe, pero no se datan, ni se contextualizan o identifican los momentos en los que se han realizado; es más, el actor ha estado de baja desde diciembre/19 hasta el 27/10/21, que es la fecha en la que se le despide, con lo que o bien el comportamiento imputado se cometió ese día, o bien se refiere al periodo anterior a la baja. De hecho, textualmente *-la negrita y cursiva es nuestra-* se dice: «Ud. se ha dirigido de forma continuada y reiterada **en el tiempo** al Jefe de RRHH con las siguientes expresiones verbales y homófobas de "maricón", "aquí huele a maricón"»; lo que viene a abonar que no solamente se refiere a ese día, sino a otros o a un periodo de tiempo que no se ha precisado de manera poco diligente. En otras palabras, la carta no cumple las exigencias estatutarias al no datar la infracción y, con ello, al trabajador le resulta imposible defenderse, lo que conduce a su improcedencia. Se rechaza el motivo.

2.- Desestimado el motivo y confirmada la improcedencia del despido por infracción de los motivos formales (artículo 55.1 ET), se hace innecesario analizar el fondo y valorar la conducta homófoba -caso de ser cierta- deleznable e intolerable que se ha atribuido al actor en la misma carta.

TERCERO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 750 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante (artículo 235 LJS). En consecuencia,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso interpuesto por la empresa «VRIO PACK, SL», confirmamos la sentencia que con fecha 07/03/22 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Lugo, a instancia de don Cipriano y por la que se acogió la demanda formulada.

Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga SETECIENTOS CINCUENTA EUROS (750€) al Sr. Letrado de la parte recurrida. E igualmente acordamos, en su caso, la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación efectuada (aval presentado).

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**



- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.
- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ