



Roj: **STSJ CAT 10317/2019 - ECLI:ES:TSJCAT:2019:10317**

Id Cendoj: **08019340012019105860**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2019**

Nº de Recurso: **4499/2019**

Nº de Resolución: **5893/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO BOSCH SALAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Barcelona, núm. 1, 23-04-2019 (proc. 1012/2018),
STSJ CAT 10317/2019,
ATS 1956/2021**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 34 - 4 - 2019 - 0003567

mmm

Recurso de Suplicación: 4499/2019

ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

En Barcelona a 5 de diciembre de 2019

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 5893/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por Dionisio frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Barcelona de fecha 23/4/2019 dictada en el procedimiento Demandas nº 1012/2018 y siendo recurrido/a FONDO DE GARANTIA SALARIAL y Epifanio . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Francisco Bosch Salas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 23/4/2019 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimando la demanda de despido interpuesta por Don Dionisio debo declarar y declaro procedente el despido articulado sobre el mismo, con efectos de 26 de mayo de 2017, convalidando la extinción contractual

sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, absolviendo al demandado Epifanio de los pedimentos de la demanda."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La parte actora tiene los siguientes datos profesionales:

Dionisio , antigüedad reconocido 01/05/2014 (documentos 1 a 3 y 6 parte actora), categoría reconocida de COCINERO y salario diario-con el prorrateo de pagas extraordinarias- de 62,54 € (salario de convenio colectivo excluyendo plus de transporte y ropa de trabajo de naturaleza extrasalarial -0,88 € diarios ambos conceptos sumados-).

Prestaba servicio con la demandada Epifanio , que explota el restaurante LA CUINETA DEL PEP, cuya actividad es HOSTELERÍA.

SEGUNDO.- La demandada despidió, por motivos disciplinarios, al actor con efectos de 14/11/2018, mediante misiva de misma fecha cuyo contenido a documento 1 de de la demanda se da por reproducido.

En resumen se imputa al actor:

1. Incumplimiento de obligaciones de limpieza de utensilios e instalaciones de cocina.
2. Utilización del teléfono móvil durante el lugar y tiempo de trabajo, sobrecargando a su compañero de trabajo
3. Dirigirse habitualmente como "maricón" a un compañero de trabajo (Sr. Gerardo)
4. Dirigirse a una compañera (Sra. Purificacion) con comentarios soeces y de carácter sexual.

TERCERO.- El actor desde el 13/10/2018, se dirige reiteradamente a su compañero Sr. Gerardo , como "maricón" o "puto maricón", "si fuera tu padre te follaría", teniendo plena conciencia de la condición de homosexual del Sr. Gerardo (testifical Sr. Gerardo)

Desde el 13/10/2018 el actor hace referencia diarias de la talla de sujetador de la Sra. Purificacion , pidiéndole reiteradamente ir a tomar una consumición después del trabajo y habiéndole efectuado un tocamiento en el glúteo en día no determinado (testifical Sra. Purificacion)

CUARTO.- El actor el 11/07/2018 fue sancionado por el demandado por hechos similares. La sanción fue impugnada y pendiente de juicio ante el Juzgado de lo Social 6 de Barcelona (documento 16 actor)

QUINTO.- El actor estuvo en situación de Incapacidad Temporal (en adelante IT) desde el 04/07/2018, debiendo solicitar el pago directo ante la negativa del demandado a abonar la prestación IT (documento 9 y 10 actor). Solicitó el 26/07/2018 el cuadrante horario al demandado (documento 11 y 12 del actor), siendo respondido por el demandado el 30/07/2018 (documento 13 del actor); y el 03/07/2018 denunció al demandado ante la policía autonómica (documento 14 del actor)

SEXTO.- La parte actora interpuso conciliación previa, cuyo acto realizado el finalizó sin avenencia, con asistencia del demandado (actuaciones) -presentada el 23/11/2018-".

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, Epifanio , a la que se dió traslado, lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el trabajador contra la sentencia de instancia que ha declarado la procedencia del despido disciplinario efectuado. La sentencia ha entendido acreditado que el trabajador recurrente se dirigía reiteradamente a un compañero de trabajo con las expresiones ofensivas por razón de género que constan en el hecho 3º de la demanda, así como a una compañera con las palabras y acción que constan en el hecho 4º. La sentencia ha entendido que la carta no adolece de defectos formales que causen indefensión, ya que la indefinición de las expresiones respecto de la compañera de trabajo viene avalada por el art. 4 de la ley 3/2007 de Igualdad, que permitiría que no se explicitaran las expresiones ofensivas en la carta, siempre que se califiquen explícitamente como de carácter discriminatorio y no causen indefensión.

Al amparo del art. 193 a) LRJS solicita la recurrente la nulidad de actuaciones porque alega que la sentencia recurrida carece de fundamentación que le produce indefensión. Después de citar los preceptos generales y jurisprudencia al respecto alega que la sentencia "declara la procedencia en relación a hechos realizados supuestamente por el recurrente en relación a una serie de personas llamadas Gerardo y Purificacion , las cuales no constan en la carta de despido inicial ya que en la misma se hace referencia a otras personas



diferentes llamadas..." Entiende el recurrente que los seudónimos utilizados en la sentencia recurrida para referirse a los ofendidos según la carta de despido "implican una falta de motivación de la misma y crean una situación de indefensión a la parte recurrente", y que ello implica una contradicción de la sentencia al referirse la carta a unas personas y la sentencia a otras. La manifiesta falta de fundamentación del recurso raya claramente en la temeridad, al entender como falta de fundamentación lo que es simplemente la utilización de un seudónimo para no explicitar el nombre de la persona ofendida. La necesidad de desestimar el motivo es obvia, lo que debe de hacerse sin necesidad de mayor fundamentación.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 193 b) LRJS solicita la recurrente la modificación del hecho probado séptimo en el sentido de indicar que el actor Dionisio el día 3 de junio de 2018 presentó una denuncia penal en la comisaría de los mozos de escuadra sita en San Adrián del Besòs, donde manifestaba que el día 24/6/2018 fue hablar con su jefe Epifanio sobre problemas laborales y su jefe le manifestó que no le pagaría nada y que el mismo tenía mafiosos a su disposición, que cobrando 2000 € le podrían romper las piernas..." Esta es la manifestación realizada por el trabajador ante la policía tal como consta en el folio 77 de los autos, por lo que el hecho debe de modificarse en este preciso sentido, sin que consten actuaciones posteriores de ningún tipo.

TERCERO.- Al amparo del art. 193 c) LRJS denuncia la recurrente la infracción del artículo 54, 55 y 56 del estatuto de los trabajadores, artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 24 de la Constitución, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos de la carta de despido. Alega en sustancia el recurrente que el despido de ser declarado nulo y subsidiariamente improcedente porque la carta de despido es genérica y le causa indefensión. Las razones de ello es que los hechos descritos son indeterminados y en segundo lugar que se refieren a personas distintas de las que luego testificaron en el acto de juicio, ya que en la carta se citan con un hombre y en la sentencia con otro.

El Tribunal Supremo ha declarado constantemente que si bien en la comunicación empresarial no es necesario pormenorizar ni extremar con precisión de detalle las faltas imputadas o hechos alegados, como tampoco consignar las fechas de su concreta comisión, sí resulta obligado ofrecer la indispensable información sobre los extremos referidos, de forma que sea clara y suficiente a fin de garantizar al trabajador el adecuado conocimiento de los hechos imputados y asegurar así los medios de defensa en juicio, sin que sea suficiente la mera cita de los preceptos legales (SSTs 13-10-82, 4-5-83, 26-1-87, 26-7-88, 13/12/1990, 30/3/2010, 30/9/2010 entre innumerables otras), de manera que esta finalidad de garantizar la posibilidad de defensa ha de presidir el enjuiciamiento de la carta y de sus requisitos.

En el presente caso la carta de despido señala, entre otros extremos no declarados probados, que "también ha reiterado su conducta inapropiada en el trato con sus compañeros, ofendiéndoles de palabra, concretamente con el señor Leandro al que se dirigía de forma habitual llamándole 'maricón'; y con su compañera señora Zaira ... dirigiéndose a ella siempre con comentarios soeces y de carácter sexual". Con anterioridad señalaba la carta que "la causa que motiva su despido es la comisión de faltas muy graves y reiteradas, habiendo sido ya sancionado por hechos semejantes mediante carta de fecha 11 de julio de 2018, en la que además se le advertía de las consecuencias de la reiteración de su comportamiento". En esta carta que consta en el folio 44 de los autos, y que el trabajador señala que ha impugnado, se señalaba, entre otros extremos que "por otra parte, y en cuanto a su relación con los compañeros, hemos recibido quejas por parte de las trabajadoras femeninas, quienes en diversas ocasiones han sido víctimas de descalificativos por su parte, y por parte de uno de sus compañeros, el señor Leandro, a quien usted llamó maricón el pasado 21 de junio cuando al recibir una comanda por su parte no entendió la letra".

La sentencia recurrida respecto de tales extremos ha declarado probado que "el actor desde el 13/10/2018 se dirigen reiteradamente a su compañero señor Gerardo como 'maricón' o 'puto maricón', 'si fuera tu padre te follaría', teniendo plena consciencia de la condición de homosexual del señor Gerardo" (hecho probado tercero, en base a la testifical del citado trabajador). Continúa señalando el hecho, que "desde el 13/10/2018 el actor hace referencia diaria de la talla de sujetador de la señora Purificación, pidiéndole reiteradamente ir a tomar una consumición después del trabajo y habiéndole efectuado un tocamiento en el glúteo en día no determinado" (testifical de la citada trabajadora).

Teniendo en cuenta tales circunstancias no puede entenderse que exista indefensión al trabajador, en la medida que ha podido conocer claramente que se le estaba imputando la realización reiterada de expresiones de contenido sexual discriminatorio respecto de un trabajador y una trabajadora compañeros de trabajo, concretamente identificados por sus nombres correctos en la carta de despido. El hecho de que la carta no contuviera todas las expresiones proferidas por él, y que éstas fueran puestas de manifiesto por los propios ofendidos mediante su declaración en el acto de juicio, en modo alguno implica una inconcreción productora de indefensión, en la medida en que el trabajador despedido conocía claramente que se le estaba atribuyendo la realización de expresiones de contenido sexual y ofensivo, claramente especificadas respecto del trabajador, tanto por la referencia en la carta de despido como por su remisión a la anterior carta de sanción.

La no expresión de las fechas es irrelevante, en la medida en que no sólo es imposible ordinariamente su determinación, sino que además nada añaden a la posibilidad o no de defensa, en la medida en que tales fechas concretas son irrelevantes por el contenido mismo y la sustancia de la expresión.

De nuevo ha de repetirse lo ya señalado más arriba sobre la supuesta confusión de nombres y que quienes declararon en el acto de juicio pudieron ser o fueron personas distintas de las de la carta, lo que manifiesta de nuevo más claramente una temeridad en la defensa por parte del recurrente, que conoce perfectamente por todo el contenido de la sentencia que se trata de seudónimos puestos por la propia sentencia, en la interpretación que la misma realiza de la ley de Igualdad. Por todo ello ha de desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Don Dionisio contra la sentencia de fecha 23/4/2019 dictada por el juzgado de lo social nº 1 de Barcelona, en los autos 1012/2018 debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.