

Roj: STSJ CV 6210/2023 - ECLI:ES:TSJCV:2023:6210**Id Cendoj: 46250340012023102694****Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social****Sede: Valencia****Sección: 1****Fecha: 21/11/2023****Nº de Recurso: 1984/2023****Nº de Resolución: 3191/2023****Procedimiento: Recurso de suplicación****Ponente: ENCARNACION LORENZO HERNANDEZ****Tipo de Resolución: Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Alicante/Alacant, núm. 3, 19-04-2023 (proc. 22/2022) ,
ST SJ CV 6210/2023**

Recurso de Suplicación 1984/2023

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA COMUNIDAD VALENCIANA

Sala de lo Social

Recurso de suplicación 001984/2023

Ilmas. Sras.

Dª. Inmaculada C. Linares Bosch, presidenta Dª. Esperanza Montesinos Llorens

Dª. Encarnacion Lorenzo Hernandez

En Valencia, a veintiuno de noviembre de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 003191/2023

En el recurso de suplicación 001984/2023, interpuesto contra la sentencia de fecha 19-04-2023, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3 DE ALICANTE, en los autos 000022/2022, seguidos sobre despido disciplinario-D.F., a instancia de Dª. Violeta defendida por el Letrado D. Carlos Isidro Sanchez Molla, contra la Mercantil GRUPO TAPENOT, S.L. defendida por el Letrado D. Ramon Luis Garcia Garcia y representada por el Procurador D. Rafael Jose Lopez Garcia y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y en los que es recurrente Dª. Violeta , ha actuado como ponente la Ilma. Sra. Dª. Encarnacion Lorenzo Hernandez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por Dª. Violeta contra GRUPO TAPENOT S.L., debo declarar procedente el despido de la actora, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO.- La actora Dª. Violeta ha venido prestando servicios para la empresa demandada, con antigüedad desde el 20/03/2014, categoría profesional de ayudante de camarera (grupo 5), y salario de 1.447,50 euros mensuales incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- La empresa comunicó a la demandante su despido alegando causas disciplinarias, con fecha de efectos el 23/12/2021 por la comisión de una falta muy grave del artículo 56 apartados 2, 6, 8 y 12 del Convenio Colectivo de Industrias de Hostelería de Alicante. El despido se notificó por burofax, remitido por la empresa el 27/12/2021, y recibido por la trabajadora demandante el 30/12/2021. (documento nº 1 de la empresa). D. Teodoro , asesor laboral externo de la empresa, envió por



whatssap a la actora el 22/12/2021 solicitando que se presentara a recoger una documentación; la actora contestó que no podía pasar y que se la enviaran por email. La asesoría envió la carta de despido por email, en fecha 23/12/2021, y por medio de la aplicación whatssap al teléfono de la actora. (resulta del documento nº 3, y testifical de D. Teodoro) TERCERO.- La actora inició un proceso de incapacidad temporal el 1/12/2021 con diagnóstico "trastorno de ansiedad no especificado". CUARTO.- El 21/11/2021, sobre las 18h, la actora se dirigió a sus compañeros de trabajo Victorio y Jose Luis profiriendo expresiones tales como "apestoso, guarro, gilipollas", "vago", "maricón", "maricón de mierda", "te metes la polla por el culo", "maltratador". Al día siguiente, el 22/11/2021, sobre las 12,30h la actora se dirigió a Victorio profiriendo expresiones como "le chupas la polla al jefe". El día 15/11/2021 la actora retiró de malas formas las copas y cubiertos de una mesa ocupada por clientes, a los cuales trató de malas maneras, con aspavientos y gestos exagerados, llamándoles "estúpidos". A continuación retiró las mesas del servicio cuando aún no se había terminado la jornada. El día 14/11/2021 a las 15h, la actora se tumbó en un sofá del comedor y se durmió, durante la jornada laboral. Desde el día 31 de octubre de 2021 la actora acude diariamente a su puesto de trabajo con retraso de 20 a 30 minutos. (resulta de la testifical de Victorio , Luis Pedro) QUINTO.- D. Juan María ha proferido las siguientes expresiones a la trabajadora Dª Violeta :"Va de puñetra, va de puñetera pelando negocios y lo primero que haces es librar" "yo a Rusia no me he ido a trabajar". "No ves que no te llega". "Como eres tan tonta, vete al colegio" (resulta de las grabaciones de audio aportadas por la actora, transcritas como documento nº 1 a 5). SEXTO.-La actora no tiene la condición de representante de los trabajadores. SÉPTIMO.-La actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC en fecha 5/1/2022. El acto de conciliación previa ante el S.M.A.C. finalizó con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por parte de Dª.

Violeta , impugnándose por la Mercantil demandada. Recibidos los autos en esta sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La trabajadora demandante recurre en suplicación la sentencia de instancia, que desestimó su demanda en la que pedía la declaración de nulidad de su despido por vulneración de derechos fundamentales y una indemnización por daños y perjuicios de

20.000 euros o, subsidiariamente, que se declarase la improcedencia de su despido. El recurso se articula en los tres motivos del art.193 LRJS y ha sido impugnado por la demandada, que no formuló ningún motivo de inadmisibilidad del recurso de la actora en los términos del art. 197 LRJS, por lo cual el escrito presentado por esta el 5 de julio de 2023 carece del necesario soporte procesal y, por ello, no se tendrá en cuenta para la resolución del recurso.

SEGUNDO.- En el mismo la actora pretende, en primer lugar, al amparo del apdo. a) del art. 193 LRJS, que se declare la nulidad de la sentencia y que se señale nuevo juicio a celebrar por un Juez distinto (si bien esta posibilidad no se contempla para ningún caso por el art.

202 LRJS), al no haberse admitido la reproducción de seis grabaciones de audio aportadas en la vista. La parte recurrente denuncia por ello la infracción del art.24 de la CE por indefensión.

Antes de comenzar el análisis de tal motivo del recurso, no es ocioso recordar que los requisitos para su prosperabilidad son que la parte recurrente haya formulado la protesta en tiempo y forma, salvo que la falta denunciada haya sido cometida en la sentencia, en cuyo supuesto no es exigible protesta previa. Además, y fundamentalmente, la irregularidad procesal debe haber producido indefensión a la parte que la invoca. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es ejemplo la sentencia de 30 de octubre de 1991, viene sosteniendo que la anulación de la sentencia es un remedio último y excepcional al que solo cabe acudir cuando el Tribunal que conozca del recurso no pueda adoptar una decisión correcta sobre la cuestión planteada (cita, a su vez, las SSTS de 24 de abril y 16 de mayo de 1988). Por otro lado, para que las irregularidades procesales ocasionen la nulidad de actuaciones es preciso que la indefensión causada sea material y efectiva, no simplemente teórica o conjetal. En ese sentido se pronuncian también, entre otras, las SSTS de 30/1/04 Rcd. 3221/02 y de 3/10/06, Rcd. 146/05. En síntesis, los requisitos para que este motivo de recurso pueda prosperar la parte que lo alega debe:

1) Identificar el precepto procesal que se entienda infringido.

1)



2) La infracción debe haber provocado un perjuicio real a los derechos de defensa del interesado, irrogándole indefensión (STC168/2002). El concepto de indefensión relevante a efectos constitucionales no coincide con cualquier indefensión de índole meramente procesal.

3) El defecto procesal no puede alegarse por la parte que lo provocó.

4) Es preciso que la parte perjudicada haya formulado protesta si, conforme a lo arriba indicado, la misma era necesaria y posible.

Por su parte, en materia de tutela judicial efectiva, la doctrina constitucional ha venido declarando que el artículo 24 de la Constitución incluye "... el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 de la Constitución, es una exigencia derivada del artículo 24.1 de la Constitución, que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos..." (STC 182/2011, de 21 de noviembre que reitera doctrina de la SSTC 61/1983, de 11 de julio, STC 13/1987, de 5 de febrero, y STC 248/2006, de 24 de julio, con cita de las SSTC 163/2000, de 12 de junio, 187/2000, de 10 de julio, y 214/2000, de 18 de septiembre). Y continúa estableciendo la citada doctrina que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que "...no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva", si bien ha de conllevar la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en error patente (SSTC 147/1999, 256/2000, de 30 de octubre; 82/2001, de 26 de marzo; 221/2001, de 31 de octubre, 55/2003, de 24 de marzo y 213/2003, de 1 de diciembre). Resulta exigible, por tanto, a los órganos judiciales, que la resolución sea fundada en Derecho, y, con ello, consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no fruto de la arbitrariedad, sin que pueda considerarse cumplida con la mera emisión de voluntad en un sentido u otro (SSTC 61/1983, de 11 de julio; 5/1986, de 21 de enero; 78/1986, de 13 de junio; 116/1986, de 8 de octubre, 75/1988, de 25 de abril; y 182/2011, de 21 de noviembre) ..."

TERCERO.- La recurrente afirma que la sentencia recurrida vulnera su derecho a la interdicción de la indefensión con arreglo al art.24 CE, que comprende la tutela judicial efectiva y la garantía derivada de la misma de obtener una resolución debidamente motivada sobre pretensiones debidamente deducidas.

En el presente caso la parte actora, en el acto de juicio, una vez ya finalizada la fase de proposición de prueba, tal como reconoce en el recurso, solicitó la reproducción de seis audios, lo que le fue denegado, sin que alegue ni pruebe haber efectuado la preceptiva protesta para poder recurrir. Faltando ese requisito, no puede pretender la anulación de la sentencia por tal motivo. En cualquier caso, la actora aportó en sus docs. 1 a 3 la transcripción de las grabaciones y las mismas fueron valoradas en el conjunto de la prueba y se tuvieron en cuenta por la Magistrada de instancia en la elaboración del hecho probado quinto. Por todo ello, la pretensión articulada al amparo del art. 193.a) LRJS debe ser rechazada.

CUARTO.- Por la vía del artículo 193. b) LRJS, la recurrente propone la revisión fáctica de los ordinales 2º a 5º. Antes de resolver esa petición, conviene recordar que, para que la misma prospere, deben concurrir los siguientes requisitos:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales peticiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo (STS 4 octubre 2007).

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

-Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia.

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación.



QUINTO.- Desde esa óptica debe analizarse la pretensión revisora amparada en el art. 193.b) LRJS, en virtud de la cual la actora pretende la sustitución del tenor actual de los HHPP 2º a 5º, aportando un texto alternativo, que consta en los folios 4 a 6 de su recurso

que se dan aquí por reproducidos, pero sin señalar, para cada ordinal fáctico, el concreto documento o pericia que demuestre la equivocación evidente supuestamente cometida por la Juzgadora de instancia en su proceso de enjuiciamiento de los hechos, en contra de la exigencia del art.196.3 LRJS, que establece lo siguiente:

"También habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se basa cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca e indicando la formulación alternativa que se pretende."

Concretamente, para el hecho probado segundo, que está basado en los documentos 1 y 3 de la empresa y la testifical del Sr. Teodoro , la actora alega que no reconoce la firma del justificante, e incluye conclusiones valorativas, inadmisibles en el relato de hechos, sobre el resultado de pruebas que quedan a la directa apreciación del órgano sentenciador de instancia, como son los WhatsApp, que no son pruebas documentales hábiles a efectos de suplicación. En cuanto a los correos electrónicos, la STS de 18 de septiembre de 2018, recurso 69/2017, les otorga virtualidad revisora como documentos privados, cuya eficacia debe medirse en los términos del art. 326 LEC, por lo que, en defecto de impugnación, no es necesario que se practique prueba para adverarlos. En todo caso, la recurrente no identifica el documento de tal clase que cuestiona ni acredita haber puesto en duda en juicio su autenticidad, para dar a la parte contraria la oportunidad de probarla, de manera que carece de sentido su exigencia de que se aportara un certificado digital.

La actora pretende que se adicionen al hecho probado tercero, como acreditados, datos que es ella misma quien incluye en su demanda de determinación de contingencia de la incapacidad temporal iniciada el 1-12-21, citando los folios 28 y 29 de las actuaciones. Se trata de un documento elaborado por la propia parte y no generado en el tráfico jurídico, por lo que no es hábil a efectos revisores.

Los incumplimientos reflejados en el hecho probado cuarto se basan en las testifical de Victorio y de Luis Pedro , según se deja constancia en tal ordinal. Para desvirtuar su contenido, la parte recurrente se limita a pedir que se refleje en el mismo de lo siguiente:

"La empresa no ha acreditado los motivos recogidos en la carta de despido, siendo los hechos recogidos en ella genéricos, ambiguos e indeterminados ya que no se menciona expresamente qué personas intervinieron en los mismos. Y no existe notificación alguna de expediente sancionador con carácter previo a la carta de despido. Lo que acredita que la medida extintiva es desproporcionada."

Tal redacción se basa, por una parte, en considerar que los hechos no han quedado acreditados, lo que supone prescindir de las facultades de valoración probatoria de las testificiales practicadas, que quedan al prudente arbitrio de la Juzgadora de instancia.

Además, con ello la recurrente obvia lo que la jurisprudencia declara acerca de la prueba negativa. Así, la STS 17-2-22 rco. 123/20 afirma que una reiterada doctrina jurisprudencial ha rechazado que la misma tenga eficacia revisora: "no cabe la denuncia de error de hecho en casación exclusivamente amparada en la mera alegación de prueba negativa, es decir, sosteniendo que no se ha practicado en juicio prueba alguna que acredite la conclusión fáctica que recoge la sentencia y que en trámite de casación se cuestiona" (sentencia del TS de 23 de febrero de 2021, recurso 112/2019, y las citadas en ella). Por otra parte, la actora no incluye en la redacción hechos sino conclusiones jurídicas, que no pueden tenerse en cuenta en esta fase del recurso, pues requieren la proyección normativa o doctrinal sobre el tenor de la carta, como son si era necesario un expediente previo, si la comunicación extintiva cumple las exigencias del art.55 ET o si se ha respetado el principio de proporcionalidad. No procede, pues, la revisión propuesta para este hecho.

Por último, para el hecho 5º, la actora no cita ningún documento sino las grabaciones arriba indicadas, que no son prueba hábil en suplicación y, por ello, tampoco su transcripción tiene el carácter de documento a los efectos del art.193.b) LRJS. Vuelve a incidir la recurrente en una indiscriminada e inadmisible mezcla de conclusiones y elementos valorativos y elucubraciones sobre la vulneración de derechos fundamentales que, a su juicio, adveran los tres informes médicos citados. Estos, sin embargo, no revelan error alguno en la declaración probatoria que consta en el HP 5º ni avalan las conversaciones que la actora pretende que consten en su sustitución, por la evidente razón de que los profesionales firmantes no estuvieron presentes en el lugar y momento en que se habrían producido. Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29 de diciembre de 2014 (Recurso: 83/2014):

Debe repararse, por otra parte, en que el texto propuesto contiene juicios de valor predeterminantes del fallo ("teniendo la consideración de", "se enmarcan dentro de", "no se ajustan a" "corresponde a", "procede de"), expresiones genéricas ("la gran mayoría", "la práctica totalidad") e impropia alusión a algunas normas (Ley



36/2006 y RD 173/2008), nada de lo cual puede tener cabida en el relato, con lo que habría previamente que extraerlos del mismo en lo que constituiría una alteración de la propuesta primitiva que sólo la parte puede efectuar para mantener una redacción mínimamente congruente.", y en el supuesto de autos se utilizan las expresiones "se constata...", "... debe operar..." o "... al no existir elemento en contrario que desvirtúa dicha petición.", y si lo que pretende es impugnar la fundamentación jurídica, ello se debe realizar en los motivos amparados en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Por todo ello, también esta última petición revisora ha de decaer. Importa reseñar, en cualquier caso, que la actora argumenta, en el motivo amparado en el apartado b) del

art.193 LRJS, sobre su situación psicológica derivada de un supuesto maltrato empresarial, si bien no ha solicitado la inclusión de ningún hecho probado del que resulten las circunstancias a que se refiere en el folio 10 del recurso, ni tampoco sobre la denuncia que manifiesta haber interpuesto el día 7-12-2021. Por tanto, es inadmisible toda argumentación basada en esos datos no incorporados al relato fáctico en legal forma. Como recuerda una reiterada doctrina jurisprudencial, no cabe articular la censura jurídica sobre hechos que no figuren en la narración fáctica, porque ello supone hacer supuesto de la cuestión o incurrir en una indebida petición de principio, es decir, partir de hechos que no han sido aceptados como probados por la sentencia, lo que rechazan, por todas, las SSTS de 12-5- 2017, rec. 210/2015; 23-11-2016, rec. 94/2016; 16-12-2016, rec. 65/2016). Por tanto, la Sala no podrá apoyarse en su decisión en alegaciones sin respaldo en el relato fáctico, que debe aceptarse como válido al no haber sido impugnado con éxito por la parte actora.

SEXTO.- Como primer motivo de censura jurídica, al amparo del art. 193.c) LRJS, la parte recurrente denuncia la indebida inaplicación del art.96.1 LRJS, porque había alegado la vulneración de derechos fundamentales y no se invirtió la carga de la prueba. Sobre el particular cabe resaltar, en primer término, que la recurrente incurre en una confusión de conceptos porque el art. 105.1 LRJS impone en todo caso una inversión de la carga de la prueba que obliga a la empresa a acreditar los hechos motivadores del despido, y de ello parte la Juzgadora de instancia. En segundo lugar, la supuesta falta de aportación de EPIs por la empresa -sobre la que nada consta en hechos probados-, es una cuestión ajena a las infracciones que se enjuician, al tratarse de un pleito de despido y no de seguridad e higiene en el trabajo. Tampoco en la comunicación extintiva se suscita tal cuestión, porque los incumplimientos denunciados por la empresa y que se declaran probados nada tienen que ver con ello. Por tanto, no cabe extraer ningún indicio de lesión constitucional de dicha circunstancia. Tampoco el mero hecho de ser mujer y extranjera constituyen, sin más, indicios de vulneración de derechos fundamentales. Sí podría serlo, a los efectos de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, el proceso de incapacidad temporal iniciado por la actora antes de su despido, si no se acreditase por la empresa un fundamento disciplinario bastante ajeno a tal proceso médico, al objeto de excluir la nulidad del despido como reacción a dicha baja. Así, la jurisprudencia afirma que, para que opere la inversión o el desplazamiento al empresario del "onus probandi", no basta simplemente que el trabajador afirme la existencia de discriminación, sino que le es exigible una prueba verosímil de que la vulneración constitucional ha podido producirse, generando una razonable sospecha, apariencia o presunción de discriminación (SSTC 92/2008, de 21 de julio; 125/2008, de 20 de octubre y 2/2009, de 12 de enero). Hecho ello es cuando el demandado asume la carga de probar que los hechos que motivan su decisión

son legítimos o, aun sin ser lícitos, se revelan ajenos a un móvil atentatorio de los derechos fundamentales del trabajador. Por tanto, la jurisprudencia en modo alguno impone a la parte demandada la prueba "diabólica" de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada (SSTC 183/2007, de 10 de septiembre; 257/2007, de 17 de diciembre; 74/2008, de 23 de junio; 125/2008, de 20 de octubre; y STC 92/2009, de 20 de abril).

Partiendo de lo anterior ha de afirmarse que los hechos constatados en el HP 4º, cuya comisión imputaba la empresa a la trabajadora recurrente, y que son de fecha anterior a su baja médica, tienen entidad suficiente para desvirtuar plenamente la presunción generada por la situación de incapacidad temporal de la trabajadora iniciada antes de su despido. Así, consta que el 21 de noviembre de 2021, sobre las 18 h, se dirigió a sus compañeros de trabajo Victorio y Jose Luis profiriendo contra ellos expresiones tales como "apestoso", "guarro", "gilipollas", "vago", "maricón", "maricón de mierda", "te metes la polla por el culo", "maltratador". Al día siguiente, sobre las 12:30 h, se dirigió nuevamente a Victorio , vertiendo contra el mismo expresiones como "le chupas la polla al jefe." El día

15 de noviembre de 2021 retiró de malas formas las copas y cubiertos de una mesa ocupada por clientes, a los cuales trató de malas maneras, con aspavientos y gestos exagerados, llamándoles "estúpidos" y retiró las mesas del servicio cuando aún no había terminado la jornada. El 14-11-2021, a las 15:00 h, se tumbó en un sofá del comedor y se durmió durante la jornada laboral y, desde el 31 de octubre del 2021, la actora acudió diariamente a su puesto de trabajo con un retraso de 20 a 30 minutos. Despues examinaremos si estos incumplimientos pueden justificar la procedencia de su despido, pero lo que resulta incuestionable es que



tales hechos deben tenerse como ciertos, son inmediatamente anteriores a su baja médica, la empresa adoptó la decisión sancionadora en el tiempo mínimo necesario para conocer y evaluar su alcance y consecuencia, de manera que pueden conectarse directamente los incumplimientos achacados a la actora con la decisión extintiva y están revestidos de suficiente entidad para desvirtuar el panorama indicario, lo que obliga a rechazar la petición de despido nulo y la indemnización que la actora asocia a la misma al amparo del art.183 LRJS. Resta ahora por examinar la petición subsidiaria sobre la eventual improcedencia del despido.

SÉPTIMO.- Sobre los requisitos de validez de la carta, el art. 55 ET dispone lo siguiente:

"1. El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido.

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato."

De acuerdo con el inalterado hecho probado segundo, el 22-12-2021, día previo a la fecha de efectos establecida en la carta de despido, el asesor laboral externo de la empresa requirió a la actora, por medio de WhatsApp, para que recogiese la documentación, contestando la actora que no podía pasar y que se la enviaran por email, como así hizo la asesoría enviándosela por correo electrónico el 23 de diciembre y también se la envió a su teléfono por medio de la aplicación de WhatsApp. En cualquier caso, el despido se le notificó por burofax, que le fue entregado el 30 de diciembre de 2021. Por tanto, debe entenderse cumplido el requisito de la notificación del acto extintivo, -que tiene un carácter esencialmente receptivo-, por medio escrito y fehaciente como es el burofax, y su recepción por la propia actora, tal como expresamente se declara acreditado al indicado HP 2º. Toda la argumentación en contra de este hecho, que la Juzgadora de instancia consideró demostrado por medio de los docs. 1 y 3 de la empresa y la testifical del Sr. Teodoro, supone una indebida petición de principio que debe rechazarse.

OCTAVO.- En segundo lugar, aunque la actora denuncia que la carta es inconcreta y que no se identificaron en la misma las personas intervenientes, la Sala no secunda tal opinión. La comunicación extintiva identifica los acontecimientos por su fecha e incluso hora: el día 21 de noviembre, a las 18 horas, y el día 22 de noviembre, a las 12.30 horas, y que los dos primeros sucedieron respecto de sus compañeros de trabajo. Ciertamente la carta no indica sus nombres, pero no consta que la empresa tenga una plantilla tan amplia que le resulte imposible identificarlos. También se sitúan crono-espacialmente los hechos del día 15-11-21 (malos modos con los clientes durante el servicio de comedor); el 14-11-21, a las 15 horas (dormirse durante la jornada), y el retraso diario en la hora de entrada, entre 20 y 30 minutos, desde el 31 de octubre incluido.

La sentencia de esta Sala de 12-9-23, rec. 1060/23, refleja los criterios de validez exigibles en la carta de despido, con cita de nuestra sentencia de 2-5-2023, rec. 243/23, y otras a las que en ella se aluden:

"Tal como hemos sostenido entre otras en nuestra sentencia de 16-2-2021 (ref. 2622/2021), la suficiencia de la carta de despido debe ser valorada sobre los parámetros expuestos por la Sala IV del Tribunal Supremo entre otras en su STS 18- 1-00 (reiterando la exposición de otras resoluciones anteriores) en la que se argumenta que aunque el precepto no impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un

conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa (STS 17-12-85, 11-3-86, 20-10-87, 8-2- 88, 22-10- 90 y 13-12-90), Considerando por otra parte que la oposición del trabajador a las imputaciones de la carta de despido no puede confundirse con un reconocimiento de la determinación de unos hechos que no han sido concretados y tampoco puede convertirse la prueba posterior de algunos hechos calificables como incumplimientos en una vía para concluir que al ser aquéllos ciertos el trabajador los conocía, aunque no figuraren en la carta, porque tal razonamiento circular envuelve una petición de principio y elimina la garantía del conocimiento concreto de las imputaciones por el trabajador y la limitación de la defensa del trabajador consagrando un resultado obtenido a partir de una situación de desigualdad de información en el proceso. De este modo la valoración de si la carta de despido cumple el requisito de consignar de manera suficiente los "hechos que lo motivan" es una calificación jurídica que debe tener en cuenta una gran variedad de circunstancias concretas, no se exige una pormenorizada descripción de los hechos, siendo suficiente un escrito en el que se utilicen expresiones que el trabajador pueda comprender deduciendo los hechos a que se



refiere y le son atribuidos como causa de terminación del contrato (STS 10-11-86) y que la comunicación ha de proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial (STS 3-10-88 y 13-12-90). Otras sentencias hacen hincapié en que las vaguedades, imprecisiones u omisiones de algún aspecto que se observen en la carta de despido son tolerables y no acarrean la invalidez de la misma si no generan indefensión para el trabajador (así STS 21-5-76, 2-5-78, 24-12-90). Si incurre, por el contrario, en el defecto analizado la comunicación empresarial que sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente la defensa del trabajador y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalecer la empresa en su oposición a la demanda (STS 9-12-98 y 18-1-00)."

Por tanto, habiendo cumplido la carta de despido de la actora la función informativa suficiente y necesaria, este motivo de impugnación debe ser rechazado.

NOVENO.- La actora también rechaza la validez de su despido por no haberse tramitado un expediente sancionador previo. Este no viene exigido en el ET para el caso de la actora, que no era representante de los trabajadores, en relación con el art. 55.1, ni en el convenio provincial del sector de hostelería de 2017 a 2020 y prorrogado hasta finales de 2021, que no contiene previsión alguna en materia de régimen sancionador, ni tampoco la incluyen los arts. 35 a 42 del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, publicado y registrado por la Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo que tiene carácter supletorio de acuerdo con la Disp. Final del convenio provincial.

En cuanto a las obligaciones resultantes de los instrumentos internacionales suscritos por España, a las que en todo caso el recurso no hace la menor alusión, cabe citar lo resuelto por la STSJ de Cataluña de 1-7-23, rec. 1749/23:

"ii) Se denuncia la infracción del art. 7 del Convenio OIT, art. 96.1 CE, 28 a 35 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, del art. 5.1 CC, en relación con el art. 55.4 del TRLET.

En esencia se alega que en cumplimiento de dicha norma internacional el actor tenía derecho antes de ser despedido a conocer los cargos formulados contra él por la empresa y como no se hizo, el despido debe ser declarado improcedente por inaplicabilidad del art. 55.4. del TRLET e incumplimiento por la empresa de lo dispuesto en el citado art. 7.

El órgano judicial de instancia recuerda al actor que el citado artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, si bien plantea la necesidad de que cualquier trabajador despedido pueda conocer los cargos que se le imputan antes de ser despedido, acto seguido recoge una excepción por la que libera a su empleador de esta exigencia cuando se trate de despidos disciplinarios en el sentido estricto del término (incumplimientos laborales).

Cuando se trata de interpretar el alcance de una determinada norma no se puede hacer una lectura sesgada, parcial e interesada de un solo precepto, sino hay que tener en cuenta la norma en su totalidad, y si se hubiere hecho esto, el actor se hubiere dado cuenta que el art. 1 del Convenio 158 también es claro al señalar que lo allí regulado deberá aplicarse por medio de la legislación nacional. El art. 7 no es de aplicación directa si hay posterior desarrollo normativo interno, y en nuestro caso, ese desarrollo viene en el art. 55.1 y 2 del TRLET, así como por la jurisprudencia de aplicación, a pesar de que solo se extienda a determinados colectivos de trabajadores (representantes legales o sindicales o afiliados a un sindicato) pero para los que no se tiene en cuenta la naturaleza de los incumplimientos que se les imputan.

Por tanto, como el TRLET en estos casos no impone a la empresa la obligación de dar audiencia previa a un trabajador como el actor, que no ostenta la condición de representante legal de los trabajadores, ni sindical, ni consta que esté afiliado a un sindicato, y como además, tampoco el convenio colectivo de aplicación ha arbitrado esta exigencia, a la única conclusión a la que se puede llegar es que empresa cumplió con las obligaciones formales que le impone tanto nuestra legislación interna, como la internacional, desde el mismo momento que entregó al actor la carta de despido comunicándole para que se pudiera defender con plenas garantías de las faltas cometidas que se le imputaban, así como su calificación, por lo que procede rechazar este segundo motivo de nulidad."

Siendo ello lo mismo que aquí sucede, debe rechazarse igualmente este argumento.

DÉCIMO.- La recurrente pone de manifiesto que los preceptos que se citan en la carta de despido (art. 56, apdos. 2, 6, 8 y 12) y que acoge como infringidos la sentencia recurrida, no corresponden al convenio provincial aplicable, en lo que dicha parte tiene razón, y tampoco son equiparables de manera literal al sistema normo-punitivo del V Acuerdo estatal. No



obstante, la recurrente omite el dato fundamental de que la carta de despido cita también las normas del ET que la empresa considera infringidas, como son los apdos. b), c) y d) del art. 54.2, que se refieren a la indisciplina o desobediencia en el trabajo, las ofensas verbales o físicas, entre otros, a las personas que trabajan en la empresa, y la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza. De todas las conductas que se estiman acreditadas en la sentencia recurrida, sin negar la gravedad de los malos tratos a clientes, quedarse dormida en el trabajo o los retrasos de 20 a 30 minutos cada día laboral a lo largo de todo un mes, que serían incardinables en el apdo. d) del art. 54.2 ET, por su condición de auténtico "cajón de sastre," el Tribunal considera que la gravedad máxima reside en las gravísimas e intolerables ofensas a sus compañeros de trabajo y a su jefe, para las que ninguna explicación ni justificación ofrece (se desconoce cuándo sucedió lo que consta acreditado al HP 5º) y que, obviamente, nada tienen que ver con los conflictos laborales que la actora dice mantener con la empresa. Esas ofensas reiteradas, pues se produjeron hasta en dos días distintos, pueden fundar el despido porque, además de atentar contra la dignidad de las víctimas, generan una tensión ambiental en el trabajo que rompe la ordenada convivencia en la relación laboral, lo que justifica esta grave sanción.

Por último, la actora apela al principio de proporcionalidad, entendiendo excesiva la sanción que se le ha impuesto. La sentencia de esta Sala de 21-2-23, rec. 1749/23, cita al respecto el criterio sustentado en la de 18-11-2022, rec. 1996/2022:

"Respecto a la infracción de la doctrina gradualista debemos partir de los hechos declarados probados y en todo caso valorar las infracción imputada y acreditada. Es doctrina jurisprudencial reiterada que el despido disciplinario que contempla el art. 54 Estatuto de los Trabajadores, únicamente procede cuando el trabajador haya incurrido en conductas de especial gravedad y trascendencia, pues no toda falta laboral o incumplimiento del mismo puede generar la sanción más grave que prevé el ordenamiento laboral que debe quedar reservada a aquellos comportamientos que evidencien una especial dosis de gravedad, en aplicación de la denominada teoría gradualista que obliga a guardar una adecuada proporcionalidad entre la sanción y la conducta sancionada, debiendo atenerse para su imposición a la entidad de la falta, así como a las circunstancias personales y profesionales de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza (Sentencia del Tribunal Supremo 16-2-83), tal y como obligan los más elementales principios de justicia, que exigen una perfecta proporcionalidad entre el hecho y su sanción, para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace (STS 12-9-86). Y ello es así pues del elenco de sanciones que el ordenamiento jurídico pone a disposición del empresario para castigar las infracciones cometidas por sus trabajadores, debe escogerse la que sea más adecuada a la entidad de la falta cometida, sin que resulte lícito ni justificado acudir en cualquier caso al despido, por constituir la más grave de las sanciones a imponer en cuanto supone la pérdida de empleo del trabajador. Es decir, existe una consolidada construcción doctrinal y jurisprudencial acerca de la necesaria proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción a imponer, señalando el Tribunal Supremo en su sentencia de 6-4-90

que, "que el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse con un criterio gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción, la persona que la comete, las circunstancias concurrentes y la gravedad de la sanción que se impone."

A la vista de los criterios anteriores y visto el carácter intolerable de las ofensas proferidas por la actora, gravemente insultantes para sus compañeros y a su jefe, haciendo imposible la normal convivencia en el seno de la empresa, además de las restantes lesiones al principio de buena fe contractual, procede refrendar la decisión adoptada en la sentencia de instancia, que declara procedente su despido, con desestimación del recurso.

DÉCIMOPRIMERO.- De conformidad con el art. 235.1 LRJS, no procede efectuar pronunciamiento de condena en costas.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dª. Violeta frente a la sentencia dictada en fecha 19 de abril de 2023, por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Alicante, en los autos núm. 22/2022, seguidos a su instancia contra Grupo Tapenot SL y FGS, confirmando dicha resolución.

Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiendo que quien no



tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander. El depósito se puede efectuar en metálico, en la cuenta y con los datos siguientes: 4545 0000 35 1984 23, o por transferencia a la cuenta centralizada siguiente: ES55 0049 3569 9200 05001274, añadiendo a continuación en la casilla "concepto" los datos señalados para el ingreso en metálico. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave 66 en lugar de la clave 35. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

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. Así se acuerda y firma.