



Roj: **STSJ CAT 9921/2021 - ECLI:ES:Tsjcat:2021:9921**

Id Cendoj: **08019340012021105584**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2021**

Nº de Recurso: **5161/2021**

Nº de Resolución: **5822/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIQUEL ANGEL FALGUERA BARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 34 - 4 - 2021 - 0003447

RM

Recurs de Suplicació: 5161/2021

IL·LM. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO

IL·LM. SR. JOAN AGUSTI MARAGALL

IL·LM. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

Barcelona, 12 de novembre de 2021

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 5822/2021

En el recurs de suplicació interposat per Luis Angel a la sentència del Jutjat Social 11 Barcelona de data 9 de març de 2021 dictada en el procediment núm. 841/2019, en el qual s'ha recorregut contra la part NIGHTMAN GREW S.L., MINISTERI FISCAL i FONS DE GARANTIA SALARIAL, ha actuat com a ponent Il·lm. Sr. Miguel Angel Falguera Baró.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. Va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre tutela de drets fonamentals, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 9 de març de 2021, que contenia la decisió següent:

" **Estimo parcialment** la demanda interposada per Luis Angel contra NIGHTMAN GREW, S.L., el Ministeri Fiscal i el FOGASA, i:

1r. Declaro la improcedència de l'acomiadament efectuat amb efectes del dia 10 d'agost de 2019, per la qual cosa condemno l'empresa demandada a la readmissió immediata de l'actor en el seu lloc de treball i en les seves condicions laborals habituals, juntament amb labonament dels salaris de tramitació deixats de percebre des de la data de l'acomiadament fins la notificació de la sentència, a raó de 42,62 euros bruts diaris, o fins que hagi trobat una altra ocupació, si aquesta fos anterior a l'esmentada sentència i es provés per l'empresari el



percebut, per tal de fer el descompte dels salaris de tramitació i, a més, amb les prevencions de l' art. 209.5 de la vigent Llei General de la Seguretat Social, en el supòsit de percebre la prestació contributiva per desocupació; o, bé i alternativament, al pagament de la indemnització legalment prevista de 351,60 euros, conforme l'opció que shaurà de realitzar en els cinc dies posteriors a la notificació d'aquesta sentència.

2n. Absolc el Fogasa sense perjudici de la seva responsabilitat legal subsidiària."

SEGON. En aquesta sentència es declaran com a provats els fets següents:

" **Primer.** Lactor ha vingut prestant els seus serveis per compte i ordre de l'empresa NIGHTMAN GREW S.L., desenvolupant les seves activitats en els centres de treball concertats per aquesta empresa, dedicada a l'activitat de seguretat privada..

El treballador venia prestant els seus serveis en l'empresa com a auxiliar de control, en virtut dun contracte de treball temporal a temps parcial per obra o servei determinat formalitzat en data 5 de juny de 2019, i, com última retribució bruta completa corresponent al mes de juliol de 2019, un salari de 857,50 Euros mensuals, amb la següent composició: Salari Base 358,07 euros; Prorrata PE. 125,76 euros; Millora voluntària absorbible 226,06 euros; Complement Professional 119,49 euros; Plus vestuari 2,66 euros; Plus nocturnitat 25,46 euros.

Tanmateix, el salari real del treballadora és de 1.296,30 euros, d'acord amb el següent desglossament:

SALARI BASE: 376,92 euros

MILLORA VOLUNTÀRIA ABSORBIBLE: 388,12 euros

PRORRATA PAGUES EXTRAORDINÀRIES: 182,19 euros

COMPLEMENT PROFESSIONAL: 125,78 euros

PLUS VESTUARI: 2,8 euros

PLUS NOCTURNITAT: 25,46 euros

HORES EXTRAORDINÀRIES (MITJANA MENSUAL):195,03 euros

TOTAL 1296,30 euros

Resulta d'aplicació el Conveni col·lectiu de treball de Locals d'Espectacles de Catalunya (folis 12 a 19 i 68 a 79 i no controvertit ni negat).

Segon. Amb data del 16 d'agost de 2019, l'empresa va notificar al treballador una carta d'acomiadament disciplinari amb efectes des del dia 10 d'Agost de 2019, en la qual s'al·lega no haver-se presentat el treballador al seu lloc de treball a la Sala Razzmatazz el dia 10 d'agost de 2019 procedint-se, tot seguit, a reconèixer la improcedència de l'acomiadament.

El treballador va procedir en la data de la recepció de la carta, el 16 d'agost de 2019, a expressar la seva disconformitat. La baixa en Seguretat Social es va produir amb efectes del dia 10 d'Agost de 2019 (folis 20 a 20 girat i 79 i doc. de l'actor).

Tercer. Lactor va acudir el dia 10-8-2019, a les 23.48 hores al centre veterinari "Superfauna Dog Moixet" perquè fos atès el seu gos "Tommy", de la raça Bretón i mascle, sent diagnosticat de "*Síncope, ingestión de plantes tòxicas, epilèpsia, etc*", abonant per la consulta 73,50 euros (doc. 1 i 2 de lactor).

Quart. En data del 10-10-2019, es va celebrar el preceptiu i previ acte de conciliació administrativa amb el resultat de sense avinença (foli 49)."

TERCER. Contra aquesta sentència la part actora, Luis Angel , va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària la qual no el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. 1. Per la via de la lletra b) de l'article 193 LRJS postula la part actora la modificació del fet provat segon de la sentència, per tal que s'hi indiqui que el recurrent preavisà al seu encarregat en data 10 d'agost sobre la inassistència al lloc de treball aquella mateix dia per causa de la malaltia que presentava el seu gos i les seves creences animalistes, sense que l'empresa formulés cap objecció en els fulls d'incidència d'aquella dia i que no fou fins al 16 d'agost en que se li notificà el seu acomiadament, afegint-se una sèrie de consideracions sobre que la decisió adoptada per l'empresari es fonamentaven en les manifestacions filosòfiques i ideologies



expressades pel demandant. La dita pretensió novatòria es basa en la sol·licitud d'aplicació de la ficta confessio per inassistència de l'empresa al judici.

2. El motiu està condemnat al fracàs per vàries raons. En primer lloc caldrà observar que allò que es pretén és que la sala supleixi el paper del primer grau i apliqui la ficta confessio de l' article 91.2 LRJS, cosa que no resulta possible. En efecte, és constant la doctrina d'aquesta Sala (entre d'altres moltes, SS de 13.11.1997, 23.09.1999, etc.) en la que s'afirma que l'aplicació de la ficta confessio no és automàtica, sinó que depèn de la lliure discreció del jutgador a quo, dins la valoració global de la prova i de les càrregues de l'onus probandi ex art. 217 LEC, sense que aquesta decisió sigui revisable, per obvis motius, en suplicació, llevat supòsits d'indefensió que no consta concorren en la present litis. Per tant, la simple incompareixença de l'empresa no suposa l'assentiment a les pretensions de la demanda, ni obliga per aquest motiu a la seva estimació, havent-se d'estar als principis ja esmentats de càrrega de la prova i les obligacions legals respecte qui al·lega l'existència d'una relació laboral (SSTS 09.06.1988, 19.10.1988, 03.04.1990, etc.) És cert, en aquest sentit, que la doctrina constitucional ve afirmant que aquesta lliure discreció del magistrat a quo no pot comportar indefensió, especialment en aquells casos en els què no s'ha seguit els tràmits de citació corresponents i s'ha acreditat mitjançant altres mitjans l'existència d'un nexa contractual laboral (entre d'altres, STC 26/1993). Ocorre, però, que en el present cas la demandada consta citada legalment, tot i que no comparegué, i que el jutgador del primer grau en l'exercici de les seves atribucions exclusives i excoents de valoració de la prova ha decidit no aplicar la figura contemplada a l'article 91.2 de la Llei Processal Social.

D'altra banda, escau també recordar que les atribucions legals dels tribunals "ad quem" en el recurs de suplicació resten legalment limitades a la determinació de si en el primer grau jurisdiccional s'ha incorregut en error o omissió en la valoració de mitjans de prova que tinguin la condició de "prova plena", el que circumscriu la nostra competència específicament a la documental i la pericial. I en el present cas la sol·licitud de modificació no es basa en cap d'aquests mitjans materials de prova.

I, finalment, és obvi que la sala no pot incloure en el relat fàctic les conclusions jurídiques sobre la motivació final de la causa d'acomiadament per les que s'advoca, atès que s'estaria incorren en el vici processal de predeterminació.

En conseqüència és obvi que el motiu ha de decaure.

SEGON. 1. Per la via de la lletra c) de l'article 193 LRJS denuncia el demandant la infracció d'allò previst als articles 14 o 16.1 i 2 CE, 17.1ET, els articles 5 d) i 7 del Conveni 158 OIT i la jurisprudència d'aplicació. La tesi del recurs, succintament resumida per la sala, es basa en la consideració que fou discriminat per motius ideològics, ateses les seves creences animalistes.

2. En primer lloc volem recordar que el nostre marc constitucional protegeix tant la llibertat ideològica en el seu article 16 com la no discriminació per opinió o qualsevol altre condició o circumstància personal (fent-se exprés esment en l' article 17 ET a la no discriminació per conviccions), i això perquè la ideologia personal s'integra en el substrat més profund de la dignitat humana que, conforme l' article 10 CE són fonaments del nostre model, pel que es conforma com un aspecte essencial per a l'efectivitat dels valors superiors de l'ordenament jurídic que proclama l' article 1.1 CE (SSTC 20/1990, 177/2015, etc.). És obvi per tant que una decisió empresarial que vulneri l'exercici del dret a la llibertat ideològica o que sigui discriminatòria per les conviccions empresarials és susceptible de vulneració dels drets fonamentals, fins i tot tenint present l'aplicació mediata dels drets fonamentals en l'àmbit del contracte de treball (entre d'altres: SSTC 292/1993, 190/2001, 51/2011, etc.) .

Però més escau recordar que amb major rang jeràrquic l' article 9 del Conveni Europeu de Drets Humans consagra la llibertat de pensament o consciència de qualsevol ciutadà o ciutadana així com el dret de manifestar públicament les seves conviccions i a dur-les a la pràctica, sense més restriccions que les que es derivin de la Llei. I en l'àmbit comunitari trobarem una previsió similar en l' article 10 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea. I sense sortir de l'àmbit comunitari la Directiva 2000/78/CE regula un marc general per a la igualtat de tracte en l'ocupació, integrant-hi com supòsit d'especial tutela les conviccions personals.

També escau recordar que la tutela constitucional no es limita al simple exercici del dret de l' article 16 CE, sinó que també s'aplica a les manifestacions públiques de la ideologia i al manteniment de postures personals coherents amb les conviccions personals (STC 66/1994)

Des d'aquest punt de vista resta evident que la creença en els drets dels animals i/o del seu benestar ha de ser qualificat com una convicció personal (màxim quan va guanyant ampli ressò social en els darrers temps) i, per tant, ostenta plena tutela constitucional com a dret fonamental (STC 81/2020), incloent-hi el manteniment de conductes públiques, fins i tot en l'àmbit laboral (per bé que amb les limitacions que es deriven de les relacions laborals).



3. Ara bé, el fet que la sala comparteixi una part dels arguments del recurs, no comporta que el motiu hagi de ser estimat sense més, atès que caldrà analitzar les circumstàncies concurrents.

Arribats a aquest punt volem recordar que l'àmbit d'aplicació de la modalitat processal de tutela de drets fonamentals, ex art. 177.1 LRJS (al que s'ha d'adequar el procés d'acomiadament quan es reclama a la demanda aquesta tutela per mandat de l'article 178,2 del mateix cos legal), és la determinació judicial de si concorre una lesió de drets fonamentals i llibertats públiques, inclosa la prohibició de tractament discriminatori. I als dits efectes, seguint els precedents fixats pel Tribunal Europeu de Drets Humans, la jurisprudència constitucional i el propi marc legal han vingut a fixar una sèrie de singularitats sobre la càrrega probatòria que s'aparten de les ordinàries de l'article 217 LEC, atesa l'òbvia dificultat de provar en molts casos que concorre una discriminació o una conducta que vulneri els drets fonamentals. És per això que l'article 181.2 LRJS reclama a la part demandada que acrediti en forma suficient l'existència d'una justificació objectiva i raonable de les mesures adoptades i la seva proporcionalitat, mentre que imposa a la part actora la justificació d'indicis de violació de drets fonamentals. A la qual cosa cal afegir allò previst a l'art. 96.1 LRJS, conforme al qual en els processos en els que de les al·legacions de la part demandant es derivi l'existència d'indicis fonamentats de discriminació pertoca al demandant l'aportació d'una justificació objectiva i raonable suficientment provada de les mesures adoptades i la seva proporcionalitat.

Ara bé, com es deriva del cabal doctrinal i judicial al respecte, en funció de la casuística concurrent aquestes regles poden diferir, havent-se de diferenciar escenaris en relació al dret fonamental invocat i les singularitats del supòsit. Això determina que amb caràcter previ a l'aportació dels indicis de concurrència de discriminació en determinats supòsits la part actora hagi d'acreditar, d'una banda, la condició personal o l'exercici del dret fonamental "ad hoc", i, de l'altra, el seu coneixement empresarial. Òbviament aquesta obligació processal prèvia no serà necessària en determinats supòsits en que tant la condició com el coneixement per l'empresa resulti notori (per exemple: quan s'al·legui discriminació per raó de sexe, edat o raça), però en canvi sí ho serà en altres (afiliació a un sindicat, condició sexual, llibertat religiosa, etc.). I és obvi que la discriminació per conviccions -directament relacionada amb allò previst a l'article 16.1 CE- s'integra dins d'aquest segon supòsit, atès que, en principi, no té una dimensió pública. És per això que correspon a la persona assalariada afectada amb caràcter previ acreditar que professa les dites conviccions i, a més, el coneixement empresarial.

Doncs bé, en el present cas ocorre que l'actor no ha acreditat ni que tingui conviccions o ideologia "animalista" ni que això fos conegut per l'empresari.

És cert que el motiu de l'absència fou la necessitat de fer-se càrrec del seu gos i dur-lo al veterinari. Ara bé, caldrà observar que encara que hagués posat en coneixement de l'empresa el motiu de la inassistència al treball -cosa que podem acceptar com plausible- això no posaria en evidència l'existència de cap ideologia o convicció, sinó únicament el compliment de les obligacions dels tenidors de mascotes domèstiques que es deriven del Conveni Europeu sobre Protecció d'Animals de Companyia de 13 de novembre de 1987 (ratificat per Espanya per Instrument publicat en el BOE d'11 d'octubre de 2017) i del Text Refós de la Llei de Protecció dels animals de Catalunya. Podent-se incórrer, fins i tot i en determinats casos, en il·lícit penal en cas d'omissió (arts. 337 i 337 bis CP), com encertadament senyala el jutgador del primer grau.

És per això que la sala no pot compartir que en el present cas concorrin elements significatius que ens pugui dur a la conclusió que l'acomiadament es produís per causa discriminatòria per raó de conviccions o amb vulneració del dret a la llibertat de pensament o ideològica.

4. No obstant, és clar que ens trobem davant un acomiadament il·lícit, atès que l'absència d'un dia al treball -sense que concorri cap altre element suficient, no és causa d'acomiadament. És més, caldrà observar que acceptem que ens trobem davant un acomiadament sense causa i, per tant, antijurídic (en relació a l'al·legació de vulneració del Conveni 158 OIT), atès que en l'actual marc normatiu no és possible -després del RDL 3/2012- que l'empresa exercici una autotutela declarativa de la improcedència, que en l'actual marc normatiu és competència exclusiva de jutges i tribunals.

Però ocorre que l'antijuridicitat en els acomiadaments improcedents, com ha declarat amb reiteració la sala, no és en l'actual marc jurídic causa de declaració de nul·litat, sinó d'improcedència, atès que aquella primera qualificació resta limitada únicament a la vulneració de drets fonamentals (en aquest sentit, la nostra sentència de ple de 21 de juliol de 2020, Rec. 4708/2019) i sense que sigui possible acudir en el present cas a la possibilitat d'incrementar la indemnització que en determinats casos hem acceptat com hipòtesi raonable (sentències d'11.03.2021, Rec. 4487/2020, e 23.04.2021, Rec. 5233/2020, etc.), en no existir cap justificació específica a la demanda, ni apreciar-se una notòria i inadequada insuficiència de la indemnització.

És per això que també aquest segon motiu ha de ser desestimat i, amb ell, el recurs en la seva integritat.



Atesos els preceptes legals citats, els concordants amb els mateixos i les demés disposicions de general i pertinent aplicació

DECIDIM

Que hem de desestimar i desestimem el recurs de suplicació interposat per Luis Angel contra la sentència dictada pel jutjat del social número 11 dels de Barcelona en data 9 de març de 2021, recaiguda en les actuacions 841/2019, en virtut de demanda deduïda per la dita part actora contra NIGHTMAN GREW, S.L. i el FONDS DE GARANTIA SALARIAL; amb citació al MINISTERI FISCAL en reclamació per acomiadament i, en conseqüència, la hem de confirmar i la confirmem.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Un cop sigui ferma la sentència caldrà remetre al Jutjat d'instància les seves actuacions ja que és l'òrgan judicial competent per executar-la.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social.

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, consignarà com a dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el BANC SANTANDER, n° 0965 0000 66, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, quan així procedeixi, cal acreditar-la al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria i s'efectuarà en el compte de la Sala, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

També és possible substituir la consignació en metàl·lic per l'assegurament de la condemna mitjançant un aval bancari emès per una entitat de crèdit. El document haurà de ser de duració indefinida i a pagar a primer requeriment.

Si el dipòsit o la consignació no és fan de forma presencial sinó mitjançant transferència bancària o per procediments telemàtics, a les dites operacions hauran de constar les següents dades:

El compte bancari al que es remetrà la quantitat és IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. A la dada de "ordenant" caldrà indicar el nom de la persona física o jurídica que fa l'ingrés i el seu NIF o CIF. Com a "beneficiari" ha de constar la Sala Social del TSJ de Catalunya. Finalment, a "observacions o concepte de la transferència" cal introduir els 16 dígits que consten en els paràgrafs precedents respecte al dipòsit i la consignació fets de forma presencial.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. El Magistral ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.