

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO

SENTENCIA: 00419/2021

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO

C/ SAN JUAN N° 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33024 44 4 2020 0001167

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000248 /2021

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 298/2020

RECURRENTE/S D/ña

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL,

ABOGADO/A: 

Sentencia núm. 419/2021

En OVIEDO, a dos de marzo de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ, Presidente, D^a. PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS, D^a. MARÍA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y D. JOSÉ LUÍS NIÑO ROMERO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 248/2021, formalizado por el  en nombre y representación de  contra la

sentencia número 265/2020 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de GIJÓN en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 298/2020, seguido a instancia del citado recurrente frente a la empresa

siendo parte el MINISTERIO FISCAL y habiéndose designado Magistrado-Ponente al Ilmo. Sr. JOSÉ LUÍS NIÑO ROMERO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. [redacted] presentó demanda contra la empresa N.º [redacted] siendo parte el MINISTERIO FISCAL y habiéndose turnado para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 265/2020, de fecha cuatro de noviembre de dos mil veinte.

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

1º.- Presta servicios el trabajador para la entidad demandada por virtud de sucesión empresarial y con antigüedad reconocida al 14 de enero de 2019 mediante contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial de 20 horas semanales con categoría de mensajero y salario diario de 25,65 euros con aplicación del convenio colectivo de empresas de mensajería.

2º.- El trabajador fue reticente a la recogida de equipos de protección personal tales como guantes, gel y mascarillas siendo requerido por la empresa en diversas ocasiones antes de recibirlas.

3º.- El trabajador fue sancionado en fecha 17 de abril de 2020 recibiendo efectivamente burofax postal en el domicilio sito en la calle Ramiro Primero 24 piso tercero izquierda de Gijón. La sanción impuesta lo fue por falta grave, en concreto, la comisión de dos faltas graves de demora en la realización de un servicio y la desobediencia a órdenes e instrucciones del empresario. Frente a dicha sanción interpuso demanda, encontrándose pendiente de resolver.

4º.- La empresa impone burofax en fecha 22 de mayo de 2020 y remite la carta en que comunica el despido al mismo domicilio en que fue recogida la de sanción.

La entrega fue intentada el día 25, el día 26, a distintas horas, dejándose aviso para su recogida en la oficina que no efectuó, procediendo a la destrucción el día 6 de junio.

5º.- En un grupo común de mensajería telefónica en el que participan trabajadores de la empresa, incluido el supervisor el actor refirió la intención de "denunciar" a la empresa.

6º.- La carta de despido dispone lo que sigue:

En Gijón a 19 de mayo de 2.020.

Muy Sr. nuestro,

Por la presente ponemos en su conocimiento la decisión que ha tomado la dirección de esta empresa de imponerle la sanción de DESPIDO DISCIPLINARIO por la comisión de las siguientes infracciones de carácter muy grave conforme el art. 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 48.4, 48.3 y 49.3 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería.

Los motivos de esta decisión se basan en los siguientes

HECHOS:

PRIMERO.- Que, como Vd. bien conoce, en fecha 9 de mayo de 2020, encontrándose Vd. En horario designado de turno de TARDE, debiendo por lo tanto estar conectado de modo permanente a la aplicación desde las 20.00 hasta las 22.30 horas- extremo del que esplenamente conocedor por aparecer así en su contrato de trabajo y habérsele comunicado por sus superiores en reiteradas ocasiones- le fue asignado y aceptó el pedido con número de ID48349707 a las 21.25 horas.

Que, alrededor de las 21.40 horas, coincidió en el local donde debía recoger el pedido, el restaurante KFC El Molinón, sito en las inmediaciones del estadio de fútbol El Molinón, Gijón, con su Supervisor, . Que la política de empresa de medidas de seguridad e higiene para el establecimiento de un reparto seguro en el marco de la crisis sanitaria del conocido como COVID-19 de ND así como la de KFC, establecen que, a la hora de recoger un pedido, el repartidor debe desinfectarse las manos con gel desinfectante que se encuentra a disposición de los repartidores en las instalaciones de KFC ante citadas, extremo del que es plenamente conocedor por habérsele comunicado por sus superiores en reiteradas ocasiones. Que su Supervisor, al comprobar que se disponía a recoger el pedido sin proceder a desinfectarse las manos, le indicó que debía proceder a limpiárselas en el modo que Vd. Ya conoce. Que Vd. se negó a cumplir con las órdenes referidas y se dirigió a su superior en un tono inadecuado, llegando a gritarle. Ante esta situación, la encargada del local KFC, ~~E~~ alarmada por los gritos, salió a comprobar que ocurría, viéndose su Supervisor ; obligado a disculparse ante ella por el escándalo que va. estaba formando, tratando

de este modo de paliar la nefasta imagen de la empresa que Vd. estaba dando ante nuestros clientes.

Así, finalmente, Vd. desobedeciendo las órdenes de su superior, recogió el pedido sin cumplir con la política sobre medidas de seguridad e higiene y se dispuso a su entrega, pudiendo con ello suponer un grave riesgo para la salud de los consumidores.

En relación con los hechos relatados, el artículo 47.4 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería establece que se considerará FALTA GRAVE "La desobediencia a las órdenes e instrucciones del empresario o mandos superiores en el ejercicio regular de sus facultades directivas. Si implicase quebranto manifiesto de la disciplina o de ella se derivase perjuicio grave y notorio para la Empresa o compañeros de trabajo, se considerará falta muy grave".

Igualmente en relación con los hechos relatados, el artículo 46.8 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería establece que se considerará FALTA LEVE "Discutir de forma acalorada con los compañeros dentro de la jornada de trabajo".

SEGUNDO.- Que, como Vd. bien conoce, la Empresa se ha puesto en contacto con Vd. En reiteradas ocasiones para indicarle que debe recoger los equipos de protección (EPI) de los que debe hacer uso durante su trabajo como consecuencia de la crisis sanitaria COVID-19. Que Vd. se ha negado en todas y cada una de esas ocasiones a recogerlos, siendo la última de estas la acaecida en fecha 6 de mayo cuando su Supervisor:

una. y su superior del Dpto. de Tráfico le volvieron a indicar por Whatsapp la necesidad del uso de los mismos, solicitándole que los recogiera a la mayor brevedad.

En relación con los hechos relatados, el artículo 47.4 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería establece que se considerará FALTA GRAVE "La desobediencia a las órdenes e instrucciones del empresario o mandos superiores en el ejercicio regular de sus facultades directivas. Si implicase quebranto manifiesto de la disciplina o de ella se derivase perjuicio grave y notorio para la Empresa o compañeros de trabajo, se considerará falta muy grave".

TERCERO.- Que, como Vd. bien conoce, la Empresa se vio obligada a sancionarle por conductas de demora injustificada en la realización de un pedido -hechos acaecidos el 2 de abril de 2020- y desobediencia a las órdenes e instrucciones del empresario -hechos acaecidos el 12 de abril de 2020-. Así, en fecha 13 de abril de 2020, se le impone por las Infracciones de carácter GRAVE cometidas en aquel momento la sanción de suspensión de empleo y sueldo de 5 días, desde el 20-04-2020 hasta el 04-04-20, la cual Vd. asumió y cumplió. Que en la misma sanción se le advertía de que la persistencia en ese

tipo de actitud podía llegar a constituir falta muy grave, pudiendo, en su caso, derivar incluso en sanción de despido disciplinario.

CUARTO.- En relación con los hechos relatados, el artículo 48.4 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería establece que tiene la consideración de FALTA MUY GRAVE: "La reincidencia en falta grave distinta a las de puntualidad y asistencia en un período de 120 días".

Del mismo modo, el artículo 48.3 del referido convenio establece que tiene la consideración de FALTA MUY GRAVE "todas las consideradas como causa de despido en el artículo 54.2 del estatuto de los trabajadores", en cuyo punto b) se recogen expresamente como causa de despido disciplinario "La indisciplina o desobediencia en el trabajo".

QUINTO.- Que, analizadas la gravedad, reiteración y voluntariedad de las circunstancias que acompañan a los distintos hechos relatados, la empresa no puede sino optar por tomar la decisión de sancionar estas infracciones muy graves con el DESPIDO DISCIPLINARIO, cuya fecha de efectos será desde el día 25-05-20, y todo ello ex art. 49.3 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería y del art. 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, junto con la presente la empresa pone a su expresa disposición el finiquito por los haberes salariales devengados hasta el día de la fecha. En caso de que rehúse su firma, la empresa procederá a transferir su importe al mismo número de cuenta donde venía percibiendo sus emolumentos.

- Se adjunta liquidación de Saldo y Finiquito como DOCUMENTO 1.

Asimismo, le informamos que la presente carta es documento suficiente para solicitar la prestación por desempleo, para lo cual se pone igualmente a su disposición el Certificado de empresa.

- Se adjunta Certificado de empresa como DOCUMENTO 2. Del mismo modo, le comunicamos que debe proceder a la devolución de la totalidad de materiales de la empresa de que dispone, tales como vehículo, ropa de trabajo o cualquier otro equipo o utensilio que obre en su poder y que se le hubiera facilitado por la empresa para el desarrollo de su puesto en un plazo improrrogable de 2 días desde la comunicación de la presente, pudiendo la empresa, en caso de no devolución, llevar a cabo las acciones legales pertinentes.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

LA EMPRESA Recibí

EL TRABAJADOR".

7º.- El día 9 de mayo en el local de KFC de Gijón ocurrieron unos hechos que describe la carta transcrita.

8º.- Presentó papeleta de conciliación en fecha 10 de junio de 2020 por despido que resultó intentada sin avenencia. En igual fecha, la de impugnación de la sanción.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Desestimo la demanda presentada por representada por la Letrado D. ~~_____~~ frente a ~~_____~~ absolviéndole de todos los pecuneros efectuados en su contra.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de ~~_____~~ formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 2 de febrero de 2021.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 18 de febrero de 2021 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso de suplicación.

1. Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Gijón en los autos 298/2020, promovidos a instancia de don G. G., frente a la empresa ~~_____~~ L., por la que se desestimaba la demanda impugnando la decisión empresarial de despido disciplinario acordado el 19 de mayo de 2020, se alza en suplicación la representación técnica del trabajador.

2. El escrito de interposición del recurso se articula en cinco motivos, los dos primeros están destinados a la revisión de los hechos declarados probados y se formulan con soporte en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), mientras que los restantes

denuncian la infracción de normas sustantivas y de jurisprudencia, de conformidad con el apartado c) del citado artículo, todo ello encaminado a que se declare la nulidad del despido junto con la indemnización de 6.251 euros en concepto de daños por vulneración de derechos fundamentales, o subsidiariamente la improcedencia del despido, con las consecuencias legales inherentes a ambas declaraciones.

3. La empresa New ..., ha presentado escrito de impugnación del recurso interpuesto por el trabajador, solicitando la confirmación de la resolución recurrida en todos sus puntos, con condena en costas a la parte contraria por temeridad manifiesta.

SEGUNDO.- Revisión de los hechos probados.

1. Solicita la parte recurrente la revisión de los hechos declarados probados segundo y cuarto, para los que propone la siguiente redacción:

"SEGUNDO. - El trabajador fue reticente a la recogida de equipos de protección personal tales como guantes, gel y mascarillas."

"CUARTO. - La empresa impone burofax en fecha 22 de mayo de 2020 y remite la carta en que comunica el despido al mismo domicilio en que fue recogida la de sanción. La entrega fue intentada el día 25, el día 26, a distintas horas, procediendo a la destrucción el día 6 de junio."

Alega la parte recurrente en apoyo de la modificación fáctica que, en el primer caso, no consta en la documental aportada ningún registro ni acuse de recibo de EPI's, ni tampoco el mensaje al que se hace referencia en el hecho segundo de la carta de despido (doc. 3 ramo prueba demandada), que acredite que el recurrente hubiese "sido requerido por la empresa en diversas ocasiones antes de recibirlas". En cuanto al hecho cuarto, se indica que la modificación interesada tiene su fundamento en que no consta en los Autos de referencia que el empleado del servicio postal "dejase aviso para su recogida en la oficina que no efectuó", y es de especial trascendencia, puesto que en el escrito de demanda se alegaba que el cese se había llevado a cabo de manera verbal, tal y como también se expuso en el acto de la vista oral.

2. El artículo 193 de la LRJS señala en su letra b) como uno de los objetos del recurso de suplicación el revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. Concreta el artículo 196 LRJS que en el escrito de interposición del recurso habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericial en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca e indicando la formulación alternativa que se pretende. En SSTs de 13 de

julio de 2010 (Rec. 17/2009), 21 de octubre de 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 de septiembre de 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, se ha advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

3. La revisión no puede admitirse por las siguientes razones: porque la recurrida expone en el fundamento de derecho segundo que la testifical del trabajador don: _____.

ha resultado contundente y veraz en varios extremos discutidos en el proceso, entre ellos, el relativo al que discute la recurrente en el hecho segundo, referido a los requerimientos previos que le hizo la empresa al trabajador para que recogiera los equipos de protección individual, de tal manera que no cabe su revisión al basarse la sentencia en dicha prueba testifical; en segundo término porque la parte recurrente invoca en apoyo de la revisión la falta de prueba sobre los hechos que se declaran probados, olvidando que según reiterada jurisprudencia y doctrina la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho (entre muchas, sentencia del TS de 18-7-2014, con cita de muchas otras anteriores); y respecto al hecho probado cuarto, porque no se identifica en el recurso la prueba pericial o documental que autorizaría la revisión, incumpliendo con ello la exigencia contenida en el transcrito artículo 196 LRJS.

TERCERO.- Comunicación válida de la carta de despido por envío postal.

1. El primer motivo de censura jurídica denuncia la deficiente aplicación del artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 42.3 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de

Liberalización de los Servicios Postales, así como la doctrina jurisprudencial sobre la notificación por la empresa del cese por burofax. Alega en este sentido la parte recurrente que al haberse modificado el hecho probado cuarto eliminándose del mismo que se dejó aviso en el domicilio del trabajador para la recogida de la carta de despido en la oficina de Correos, no puede compartirse la conclusión contenida en la recurrida relativa a que la empresa había justificado el requisito de comunicación de la sanción al trabajador, citando al efecto el artículo 42.3 del Real Decreto 1829/1999. Concluye indicando que el trabajador no se negó a recibir la carta de despido, ni realizó maniobras dilatorias, ni actuó con mala fe, puesto que no se le dejó aviso alguno para recoger el envío en la oficina postal, y por lo tanto no se le notificó el despido.

2. Establece el artículo 55.1 del ET, que el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Tal y como ha venido siendo interpretado el precepto por una constante jurisprudencia, el despido constituye una declaración de voluntad "recepticia" por lo que para surtir efectos tiene que llegar a conocimiento del trabajador. La empresa ha de notificar al trabajador la carta de despido, por lo que incumbe a la empresa la carga de hacer llegar al trabajador la citada carta de despido. Sin embargo, cuando el trabajador impide con su conducta la recepción de la carta de despido, no cabe imputar a la empresa un incumplimiento del requisito de notificación de la carta (STS de 29 de enero de 2020). La STS de 23 de mayo de 1990 lo explica en los siguientes términos:

"(...) porque la empresa procedió a notificar el despido en el domicilio que fue designado por la propia demandante y si existió variación del mismo, tal variación debió comunicarse a la empresa por quien realizó la designación inicial, sin que pueda imputarse a la demandada un retraso en la recepción de la carta de despido del que sólo la recurrente es causante. La tesis contraria que sostiene el motivo parte de la exigencia de una diligencia extraordinaria a la empresa para excusar la falta de negligencia propia y, como ha señalado la doctrina de la Sala, no cabe imputar los defectos en la notificación a quien ha puesto para ello todos los medios adecuados a la finalidad perseguida (sentencias de 13 de abril de 1987 y 17 de abril de 1985)".

3. La notificación por burofax se rige por lo establecido en el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales. El artículo 42 establece lo siguiente en sus tres primeros apartados:

"Supuestos de notificaciones con dos intentos de entrega.

1. Si intentada la notificación en el domicilio del interesado, nadie pudiera hacerse cargo de la misma, se hará constar este extremo en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se intentó la misma, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

2. Si practicado el segundo intento, éste resultase infructuoso por la misma causa consignada en el párrafo anterior o bien por el conocimiento sobrevenido de alguna de las previstas en el artículo siguiente, se consignará dicho extremo en la oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se realizó el segundo intento.

3. Una vez realizados los dos intentos sin éxito, el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal deberá depositar en lista las notificaciones, durante el plazo máximo de un mes, a cuyo fin se procederá a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, debiendo constar en el mismo, además de la dependencia y plazo de permanencia en lista de la notificación, las circunstancias expresadas relativas al segundo intento de entrega. Dicho aviso tendrá carácter ordinario.

4. Un primera razón para rechazar el motivo es que no se ha conseguido la revisión fáctica que ampara la denuncia de la parte recurrente. Conforme a doctrina de jurisprudencia unificada sobre la materia, al no haberse conseguido que prosperara el motivo dedicado a la modificación de los hechos declarados como probados, ello condiciona el éxito del motivo o motivos que, amparados en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, están encaminados al examen del derecho aplicado, es decir, que los motivos dedicados a discutir sobre el derecho aplicado, cobijados en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, tienen como premisa que se haya logrado modificar el relato de hechos declarados probados en la sentencia que se combate, conforme a motivo o motivos formulados al amparo del apartado b) del citado artículo 193 de la LRJS, y que se ha conseguido por lo tanto un contexto fáctico que sea acorde a la postura mantenida por la parte recurrente, sobre la que se pudiera entonces en ese caso, aplicar las consecuencias jurídicas pretendidas en el recurso. Al respecto, conviene resaltar como, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28-3-12, dictada en Unificación de Doctrina en el Recurso 119/2010, se ha establecido la doctrina jurisprudencial de que, si resulta "inalterado el relato fáctico impugnado, procede desestimar los recursos cuyo éxito venga ligado al triunfo de la revisión de los hechos que se ha desestimado, cual evidencian las alegaciones y argumentaciones contenidas en el motivo de los recursos dirigido al examen del derecho aplicado", lo que es

también mantenido, entre otras, en la STS de 5-5-12 y es lógica conclusión de la razonabilidad y coherencia de la respuesta judicial, y de la congruencia interna de la misma y eso es lo que aquí sucede, pues, basándose los razonamientos del motivo en el hecho de que al trabajador no se le dejó aviso para recoger la carta de despido en la oficina postal, ha quedado incólume el relato fáctico de la sentencia recurrida, del que resulta que tras dos intentos infructuosos de notificación de la carta de despido en el domicilio del trabajador, llevados a cabo los días 25 y 26 de mayo de 2020, se le dejó aviso para su recogida en la oficina de correos, lo que no consta que tuviera lugar. Por ello la conclusión alcanzada en la recurrida de que la falta de notificación es imputable al trabajador es ajustada al relato fáctico que consta en la sentencia de instancia.

5. Por otra parte no consta el incumplimiento del trámite de notificación alegado por el trabajador. Se reconoce en el recurso que en el acuse de recibo entregado a la empresa constan dos intentos de reparto en los que el trabajador estaba ausente, sin hacer mención ni referencia alguna a haber dejado aviso en el casillero domiciliario o buzón del trabajador. Este extremo no debe constar en el acuse de recibo que se entrega a la empresa, pues de acuerdo con el precepto reglamentario citado en dicho acuse de recibo han de figurar únicamente los intentos de notificación infructuosos, pero no los datos que se relacionan en el apartado 3 del transcrito artículo 42 del Real Decreto 1829/1999, que únicamente exige que se deje al destinatario aviso de llegada en el buzón domiciliario, debiendo constar en el mismo, además de la dependencia y plazo de permanencia en lista de la notificación, las circunstancias expresadas relativas al segundo intento de entrega. Es por ello que en el acuse de recibo que se entrega al remitente, la empresa en este caso, no deben figurar esos datos, y en consecuencia corresponde al trabajador, que es el que alega la falta de notificación, acreditar que no se cumplieron los trámites postales expuestos, prueba que no recae sobre la empresa pues la misma es ajena al servicio postal utilizado y por lo tanto no responde de su funcionamiento. Por lo expuesto se rechaza el motivo.

CUARTO.- Despido procedente, incumplimiento relevante del trabajador.

1. El segundo motivo de censura jurídica denuncia la deficiente aplicación del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 108.1 LRJS. Considera la parte recurrente, en síntesis, que no están acreditados los hechos expuestos en la carta de despido ni tampoco la reincidencia en la comisión de faltas graves.

2. Para resolver el motivo deben tenerse presentes los hechos acreditados en la sentencia de instancia: el demandante

presta servicios como mensajero para la empresa demandada desde el 14 de enero de 2019, con una jornada parcial de 20 horas semanales. Fue requerido en diversas ocasiones por la empresa para que recogiera los equipos de protección personal como son guantes, gel (se entiende que hidroalcohólico) y mascarillas, siendo reticente el trabajador a su recepción. En el mes de abril de 2020 fue sancionado por la empresa por la comisión de dos faltas graves, de demora en la realización de un servicio y la desobediencia a órdenes e instrucciones del empresario. Impugnó judicialmente dichas sanciones, encontrándose en la actualidad pendiente de resolver. El día 6 de mayo de 2020 el trabajador recibió, a través de la aplicación de telefonía móvil "Whatsapp", una indicación de sus superiores acerca de la necesidad del uso de los equipos de protección de los que debe hacer uso durante el trabajo como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19. El día 9 de mayo de 2020, en horario de trabajo, coincidió en el local donde debía recoger un pedido, restaurante KFC El Molinón, con su supervisor, don F., quien indicó al trabajador que debía proceder a limpiarse las manos con gel desinfectante antes de recoger el pedido, lo que no hizo el recurrente quien además llegó a gritar al supervisor en el restaurante en el que se encontraban.

3. El artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable. Por su parte el artículo 54 del mismo texto legal señala que el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, considerándose incumplimiento contractual, entre otros, la indisciplina o desobediencia en el trabajo. El artículo 55.4 del mismo texto legal señala que el despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación, y en caso contrario, o bien cuando no se cumplan los requisitos formales previstos en el apartado 1 del mismo artículo, entonces el despido se considera improcedente.

4. La indisciplina o desobediencia en el trabajo, consideradas como incumplimiento contractual en el art. 54.2, b) del Estatuto de los Trabajadores, constituyen la vertiente negativa del deber básico del trabajador de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas (art. 5, c) del Estatuto de los Trabajadores), y de su obligación de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien delegue (art. 20.1 del citado Estatuto). Sin embargo, como se expone en la sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 2018, recurso 3081/2017, conforme a reiterada jurisprudencia, tanto la indisciplina como la desobediencia, para que puedan merecer la máxima sanción del despido, han de ser de índole grave,

pues no todo incumplimiento lleva aparejada la máxima sanción, sino tan sólo aquella que merece un intenso reproche por parte del ordenamiento jurídico. Así el Tribunal Supremo ha sostenido en esta causa de despido, la doctrina de la proporcionalidad y adecuación entre hecho imputado, conducta y sanción, manifestando que una simple desobediencia, que no encierra una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación, no puede ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo (Sentencia de 5 marzo 1.987), y que hay que conjugar conductas, antecedentes, trascendencia y gravedad para adecuar acto y sanción, debiendo ser el incumplimiento grave, trascendente e injustificado (Sentencia de 16 de julio de 1.986) y que debe valorarse la gravedad atendiendo a las consecuencias de la desobediencia y sobre todo a la trascendencia de la orden social empresarial que se recibe (Sentencia de 29 de marzo de 1.990).

5. En el caso ahora analizado, la sentencia de instancia considera que la sanción de despido acordada por la empresa respecto a la conducta del trabajador, es proporcionada. La Sala comparte el razonamiento contenido en la sentencia de instancia, valorando en su conjunto todas las circunstancias concurrentes partiendo de los hechos declarados probados: el trabajador había sido requerido por la empresa en varias ocasiones para que utilizara los elementos de protección adecuados a la situación sanitaria que se vivía en los meses de marzo a junio de 2020, es decir, no los venía utilizando normalmente, lo que suponía un claro desafío a los deberes laborales expuestos en el apartado anterior, y después en el desarrollo de su trabajo desatiende no solamente dichas obligaciones sino también las órdenes de su superior, quien había hecho efectivos los requerimientos previos, desplegando además una conducta ciertamente irrespetuosa con gritos inopinados hacia el supervisor en un restaurante que nutre de pedidos a la empresa. En definitiva, hay conocimiento consciente del trabajador de las obligaciones que debía seguir en materia de higiene, y hay incumplimiento de las mismas de manera reiterada y contumaz, por lo que la decisión empresarial encuentra acomodo en los citados preceptos del Estatuto de los Trabajadores y por ello la calificación del despido como procedente es ajustada a derecho.

SEXTO.- Nulidad del despido por vulneración de derecho fundamental.

1. El último motivo del recurso alega la inaplicación de los artículos 55.5 ET y 108.2 LRJS, con relación a los artículos 24.1, 14 y 15 de la Constitución Española, así como los artículos 181.2 y 183.1 LRJS. Entiende la parte recurrente que no existe causa para proceder al cese del trabajador, de tal manera que el despido se lleva a cabo a raíz de que el trabajador manifestase la intención de interponer acciones judiciales o prejudiciales frente a la empresa.

2. En la sentencia de instancia se declara probado que en un grupo común de mensajería telefónica en el que participan trabajadores de la empresa, incluido el supervisor, el actor refirió la intención de "denunciar" a la empresa.

3. Como ha reiterado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, sirva de ejemplo por todas la STC 183/2015, de 10 de septiembre de 2015, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. En suma, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva (STC 16/2006, de 19 de enero)- o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19 de abril)- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (por todas, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3, o 6/2011, de 14 de febrero, FJ 2).

Por consiguiente, en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (por ejemplo, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2, y 3/2006, de 16 de enero, FJ 2), de suerte que una actuación empresarial que cause un perjuicio y esté motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido (en el sentido amplio anteriormente indicado) debe ser calificada como radicalmente nula, por contraria a ese derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE) y art. 4.2 g) de la Ley del estatuto de los Trabajadores.

4. En el presente caso hemos de rechazar la pretensión de nulidad del despido articulada por el trabajador demandante, toda vez que no puede entenderse que la actuación empresarial esté motivada por la intención de represaliar al trabajador por haber manifestado su intención de denunciar a la empresa, pues el relato histórico de los hechos no permite establecer una adecuada relación de causalidad entre esas manifestaciones y la decisión empresarial de extinguir la relación laboral, pues ésta aparece justificada en los incumplimientos por parte

del trabajador de las órdenes e instrucciones de la empresa en materia de higiene. De acuerdo con todo lo expuesto no pueden apreciarse las infracciones denunciadas y por ello procede la confirmación de la recurrida con la consiguiente desestimación del recurso.

SÉPTIMO.- Condena en costas.

1. La empresa demandada, en el trámite de impugnación del recurso, interesa la condena en costas de la parte recurrente por temeridad manifiesta.

2. Dispone el artículo 235.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social lo siguiente: "La Sala que resuelva el recurso de suplicación o casación o declare su inadmisibilidad podrá imponer a la parte recurrente que haya obrado de mala fe o temeridad la multa que señalan el apartado 4 del artículo 75 y el apartado 3 del artículo 97, así como cuando entienda que el recurso se interpuso con propósito dilatorio. Igualmente, en tales casos, impondrá a dicho litigante, excepto cuando sea trabajador, funcionario, personal estatutario o beneficiario de la Seguridad Social, los honorarios de los abogados y, en su caso, de los graduados sociales colegiados actuante en el recurso dentro de los límites fijados en el párrafo primero de este artículo. Cuando la Sala pretenda de oficio imponer las anteriores medidas, oirá previamente a las partes personadas en la forma que establezca".

La temeridad a que alude el precepto procesal de referencia implica, según ha puesto de manifiesto la doctrina de suplicación, así STSJ Comunidad Valenciana de 12 de abril de 2016, recurso 593/2016, más allá de la falta de tutela jurídica del interés pretendido, bien el conocimiento de la improcedencia de lo reclamado o bien la negligencia de desconocer lo que es notorio, como pueda ser el caso de una doctrina jurisprudencial consolidada y reiterada en el tiempo. Desde otro punto de vista, también se ha señalado, que el concepto de temeridad tiene su radio de acción principal en el ámbito procesal, de forma que la conducta temeraria es aquella que no se ajusta a los cánones de una práctica jurídica dotada de una mínima solvencia; siendo sus manifestaciones más habituales, la producción de engaño o falsedad, la oscuridad deliberada en el planteamiento de las pretensiones, la inducción al error o la provocación de molestias inútiles.

3. En el presente caso no se da ninguna de estas circunstancias, por más que la parte recurrida pueda discrepar del planteamiento del recurso hecho por la contraria, lo que no es sinónimo de temeridad o mala fe según ha quedado expuesto, por lo que procede rechazar la petición contenida en el escrito de impugnación.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. ⁷ contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón, dictada en los autos seguidos a su instancia contra la empresa ^{..}, siendo parte el MINISTERIO FISCAL sobre despido disciplinario, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en éstos y en los artículos 230. 4, 5 y 6 misma Ley.

Depósito para recurrir

Conforme al artículo 229 LRJS, todo condenado que no sea trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, junto a ese escrito debe justificar el ingreso del **depósito para recurrir (600 €)**.

Forma de realizar el depósito

a) Ingreso **directamente en el banco**: se hará en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uría nº 1. El nº de cuenta, correspondiente al nº del asunto, se conforma rellenando el campo adecuado con 16 dígitos: 3366 0000 66, seguidos de otros cuatro que indican nº del rollo de Sala (se colocan ceros a su izquierda hasta completar los 4 dígitos); y luego las dos últimas cifras del año del rollo. En el impreso bancario hay indicar en el campo **concepto: "37 Social Casación Ley 36-2011"**.

b) Ingreso por **transferencia bancaria**: constará el código IBAN del BS: ES55 0049 3569 9200 0500 1274; y el campo **concepto** aludido.

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

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

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

