



Roj: **STSJ CAT 6802/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:6802**

Id Cendoj: **08019340012022104248**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **08/07/2022**

Nº de Recurso: **1157/2022**

Nº de Resolución: **4084/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIX VICENTE AZON VILAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2020 - 8008760

AR

Recurso de Suplicación: 1157/2022

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

ILMA. SRA. M. MAR MIRÓN HERNÁNDEZ

En Barcelona a 8 de julio de 2022

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 4084/2022

En el recurso de suplicación interpuesto por Margarita frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Barcelona de fecha 22 de julio de 2020 dictada en el procedimiento Demandas nº 201/2020 y siendo recurridos SANDWICHEZ RESTAURACIÓN, S. L., Constantino y MINISTERI FISCAL, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Félix V. Azón Vilas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Tutela de derechos fundamentales, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2020 que contenía el siguiente Fallo:

"Se DESESTIMA la demanda interpuesta por D^a. Margarita contra Sandwichez Restauración S.L. y D. Constantino."

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

"PRIMERO.- La demandante D^a Margarita prestaba servicios para la mercantil Sandwichez Restauración S.L. desde el 04/04/18, con categoría profesional de "responsable de turno 1". (Antigüedad no controvertida. Categoría resultante de declaraciones testificales de D. Eladio y D^a. Raimunda)

SEGUNDO.- El día 28/01/2020 la empresa entregó a la demandante una carta de despido por motivos disciplinarios cuyo contenido obra en folios 1 a 54 y se da por reproducido a efectos expositivos.

TERCERO.- La empresa emplea 25 grupos de WhatsApp como sistema de comunicación interno, uno para cada tienda en el que participan los trabajadores del

respectivo centro, y otro de responsables.

Desde el departamento de recursos humanos de la empresa se instó a los administradores de cada grupo de WhatsApp a remitir el siguiente mensaje:

"Con mucha tristeza os informo que ayer tuvimos que despedir por robo a Margarita (RT de TG).

La Srta. Margarita se dedicó a hacer falsos abonos de tickets, que no estaban justificados y se quedaba el dinero. Concretamente, en dic'19 anuló 56 tickets por valor de 483 € y en enero'2020 anuló 89 tickets por valor de 806 €. En total 1.289 €.

Os lo explico para q estéis informados y también para q hagamos caso de los procedimientos establecidos (arqueos, cuadros de caja, etc). Si veis algo raro, hay que actuar con celeridad!

Este caso se podría haber detectado mucho antes y nos han fallado los controles.

Que sirva para que aprendamos todos del error e intentemos q no vuelva a pasar".

El mensaje se reprodujo en 22 de los 25 grupos de WhatsApp. (Conversaciones de WhatsApp aportadas como diligencia final. Declaración de D^a. Raimunda respecto de la orden de difundir el mensaje en los grupos de WhatsApp de la empresa)

CUARTO.- El procedimiento empleado en la empresa para la anulación de un ticket de caja expedido de forma incorrecta consiste en la emisión de otro ticket de anulación, de forma inmediata a la devolución del dinero al cliente, que debe ser firmado por el empleado que lo emite explicando el motivo por el que se expide y colocado en un sobre para su cómputo posterior al realizar el cuadro de caja.

Los trabajadores con categoría de "personal de equipo" no pueden realizar tickets de anulación, debiendo solicitar su expedición a un responsable de tienda ("RT").

(Declaración testifical de D^a. Raimunda , D. Eladio y D. Luciano)

QUINTO.- En un establecimiento de la empresa demandada pueden producirse, de media, dos o tres anulaciones de tickets al día. (Declaración testifical de D. Eladio , D^a. Raimunda y D^a. Araceli)

SEXTO.- La Sra. Margarita anuló 26 tickets el día 24/01/20; 5 tickets el día 23/01/20; 1 ticket el día 22/01/20; 9 tickets el día 10/01/20; 9 tickets el día 08/01/20; 8 tickets el día 07/01/20; 8 tickets el día 02/01/20. El valor de los tickets anulados en el mes de enero de 2020 asciende a 806,20 euros. (Folios 108 a 145 y declaración testifical de D. Luciano)

SÉPTIMO.- De las anulaciones producidas el día 24/01/20 solo tres estaban justificadas debidamente mediante la colocación del ticket firmado en el sobre dispuesto a estos efectos por la empresa. El resto de tickets de anulación no existían. (Declaración testifical de D^a. Raimunda)

Algunos de los tickets del día 24/01/20 se habían abonado entre las 16.57 y las 20.00 horas, y se anularon en cadena desde las 21:35:16 hasta las 21:37:50. (Folios 110 a 113)

Ese día, el cuadro de caja desglosado por horas correspondiente a las 21 horas, y debido a las anulaciones producidas, arroja un resultado negativo de 48,05 euros. (Folio 92)

OCTAVO.- Tras ser despedida, la Sra. Margarita reconoció a D^a. Raimunda haberse quedado el dinero de los tickets justificándolo en que vivía sola, su madre no tenía trabajo y se había visto obligada a hacerlo. (Declaración testifical de D^a. Raimunda)"

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria SANDWICHEZ RESTAURACIÓN, S. L., Constantino , a la que se dio traslado, impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Contenido y objeto del recurso.

Se articula recurso por la representación de Margarita contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social sobre la base de diferentes motivos: al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS) pretende la revisión de los hechos declarados probados (en adelante, HDP); y en motivo al amparo de la letra c) de la misma norma, se alega infracción del artículo 18.1 en relación al 10 de la Constitución Española (en adelante, CE) en relación al 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las sentencias del Tribunal Constitucional 180/1999 y 282/2000, de 27 de noviembre. Pretende la revocación de la sentencia y la consiguiente estimación de la demanda origen del proceso.

El recurso ha sido impugnado por la representación de SANDWICHEZ RESTAURACIÓN, S. L. y Constantino al entender que la sentencia ha valorado correctamente la prueba practicada y aplicado adecuadamente el derecho. Ha sido parte en el proceso el MINISTERIO FISCAL.

La demanda origen del presente procedimiento pretendía la declaración de existencia de vulneración del derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la demandante, así como el abono de una indemnización de 60.000 euros.

La sentencia ahora recurrida entiende que no han quedado suficientemente acreditados hechos que sustenten la vulneración denunciada y desestima la demanda.

SEGUNDO.- Los Hechos declarados probados: Propuesta de modificación.

En cuanto a la pretendida modificación de HDP que propone el recurso, debe en primer lugar razonarse que, con carácter general, el órgano que conoce del recurso extraordinario de suplicación no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, pues es a quien ha presidido el acto del juicio en la instancia a quien corresponde apreciar los elementos de convicción para establecer la verdad procesal intentando que la misma se acerque lo más posible a la verdad material. Ahora bien, tal principio debe ser matizado en el sentido de que el Tribunal "ad quem" está autorizado para revisar las conclusiones fácticas cuando los documentos o pericias citados por la parte recurrente pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en el que ha incurrido la sentencia recurrida, o la irracionalidad o arbitrariedad de sus conclusiones: De otra forma carecería de sentido la previsión del artículo 193.b) de la ley procesal.

Además, debe señalarse que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión y claridad cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación de la sentencia, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

6º.- Que no se trate de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Criterios estos que han sido reafirmados por la reciente sentencia 90/2022 del Tribunal Supremo, de 1 de febrero, Recurso 2429/2019.

El recurso propone que se modifique el HDP 6º para que el mismo tenga el siguiente contenido:

"Constan anulados 26 tickets el día 24/01/20; 5 tickets el día 23/01/20; 1 ticket el día 22/01/20; 9 tickets el día 10/01/20; 9 tickets el día 08/01/20; 8 tickets el día 07/01/20; 8 tickets el día 02/01/20, sin poder determinar la identidad de la persona que realizó dichas anulaciones. El valor de los tickets anulados en el mes de enero asciende a 806,20 euros"

Sustenta la propuesta en prueba documental, aunque es consciente de que quien ha ejercido jurisdicción en la instancia se ha basado en prueba testifical lo justifica en la supuesta parcialidad del testigo y que ninguna de las pruebas que con el proceso consta identificado a la demandante como responsable de haber efectuado los abonos de retorno.

El escrito de impugnación viene a señalar se opone por cuanto entiende que la prueba testifical es solo valorable por quien ejerce jurisdicción en la instancia.

En la Sala entendemos que no podemos modificar la valoración de la prueba testifical realizada por la sentencia y por otra parte pensamos también que la propuesta es totalmente intrascendente, razones que llevan a su desestimación.

Propone también la modificación del HDP 8º por entender que la testifical en la que sustenta es totalmente parcial y falsa. Lógicamente se pone el escrito de impugnación que recuerda otra vez que la valoración de la prueba testifical corresponde solo a quien ejerce jurisdicción en la instancia. En la Sala compartimos el criterio el escrito impugnación y debemos desestimar la propuesta.

Propone también la adición de un nuevo HDP con el siguiente contenido:

"En los establecimientos de la cadena SANDWICHEZ las anulaciones de tickets por errores, cobros indebidos (tarjeta por metálico), los descuadres y que los trabajadores repongan los déficits de caja es una constante".

Sustenta la propuesta en prueba documental y entiende que es más correcta que la descripción que se realiza en la sentencia. Nuevamente se opone el escrito de impugnación. En la Sala entendemos que la propuesta es totalmente intrascendente a la vista del HDP 5º, de donde cabe deducir las mismas conclusiones.

Se desestiman los motivos de recurso relativos a HDP.

TERCERO.- La legislación aplicable al caso.

La CE establece:

Artículo 10

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.
2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

Por cuanto aquí interesa, la LO 1/1982 establece:

Artículo segundo

Uno. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.



Artículo séptimo

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Artículo noveno

Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

CUARTO.- Análisis del derecho aplicado por la sentencia. Recurso e impugnación.

1.- Por cuanto ahora interesa, la *sentencia* explica el contenido de los artículos 18.1 y 20.1 CE, explicando tanto el derecho al honor como el derecho a la libertad de información, cita varias sentencias del Tribunal Constitucional para diferenciar entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión de la opinión, señala que la doctrina constitucional ha puesto de relieve en multitud de ocasiones que el derecho al honor se halla limitado por la libertad de expresión y la libertad de información, y razona que aplicando las "técnicas de ponderación descritas a la colisión entre el derecho al honor de la demandante y la libertad de información de la empresa conlleva la preeminencia del primero sobre el segundo y, por consiguiente, la desestimación de la demanda por no producirse lesión ilegítima en el derecho de la actora", y ello porque "e l juicio de ponderación en abstracto lleva a afirmar la preeminencia de la libertad de información (y también de la libertad de expresión) sobre el derecho al honor en idénticos términos a los expuestos en el fundamento que precede. La STC de 5/5/2000 reafirma dicha preeminencia abstractamente considerada". Y desarrolla los siguientes argumentos:

"Así, ha de partirse de que si bien la demandante carece de una proyección pública o profesión de notoriedad, la difusión de la información se ha limitado al ámbito de la empresa habiendo tenido lugar a través de los grupos de WhatsApp del que forman parte, única y exclusivamente, los empleados. No ha habido transmisión de la información a personas ajenas al ámbito laboral del que ella formaba parte, y los hechos, en cuanto infrecuentes y de gravedad, revisten la condición de "noticiables" en el ámbito reducido de la empresa.

En segundo lugar, la información cumple con el requisito de veracidad necesario para hallarse amparada por el artículo 20.1.D) CE. La STC de 05/05/00 (con cita de la STC de 21/01/1988)

En el acto de la vista la empresa ha desplegado una actividad probatoria suficiente para considerar acreditada la comisión de la conducta imputada a la demandante al menos durante el mes de enero de 2020 (no así respecto de diciembre de 2019 puesto que no se han aportado los tickets de este mes), consistente en anular numerosos tickets de venta sin seguir el protocolo de la empresa, cuya necesaria consecuencia es la apropiación de las sumas a las que los recibos hacían referencia, pues en caso contrario la caja habría mostrado al final del día un descuadre al haber una suma de efectivo mayor que la que resultara de las ventas realizadas. Es cierto, tal y como la parte actora ha intentado exponer con sus preguntas a los testigos, que nadie ha visto a la demandante coger dinero de las cajas registradoras, pero ello no es obstáculo para llegar a la conclusión antedicha: la anulación indiscriminada y consecutiva de múltiples tickets, muchos de ellos expedidos horas antes cuando la anulación debe realizarse de forma inmediata (lo que aleja la posibilidad de haber devuelto el dinero al cliente que difícilmente habrá estado durante cuatro o cinco horas en el establecimiento), sin dejar constancia de tales anulaciones por el procedimiento establecido en la empresa (que es tan sencillo como firmar el ticket exponiendo los motivos de la anulación y dejarlo en un sobre preparado a estos efectos), y dejando en ocasiones el resultado de caja de una hora en concreto con un resultado negativo. Tomando como ejemplo el día 24/01/20 por ser el más ejemplificativo, no existe explicación plausible para que en una hora determinada (muy posterior a la emisión de los tickets que ahora se anulan) una caja registradora arroje un resultado negativo superior a 40

euros en un establecimiento de venta de sándwiches y otros alimentos de bajo precio, ni para que se lleguen a anular 26 tickets cuando lo habitual es que suceda dos o tres veces en una jornada.

Téngase presente que conforme a la doctrina expuesta la libertad de información exige solamente que quien difunde la noticia haya procedido con diligencia en el

contraste de los datos que transmite, requisito que se entiende plenamente cumplido con la aportación de las pruebas que han permitido conformar los hechos probados, pues lejos de realizar una imputación de hechos genérica o ambigua se ofrecen datos precisos y detallados que concuerdan con el resultado de las pruebas documental y testifical.

En tercer lugar, no se aprecia en la comunicación efectuada por la empresa el empleo de expresiones ultrajantes u ofensivas desvinculadas de la información que se pretende transmitir, ya que tras una introducción en la que se adjetiva como "robo" la conducta de la demandante, el mensaje de Whatsapp se limita a describir hechos (la anulación de tickets por un determinado valor para quedarse con el dinero) sin uso de frases o expresiones degradantes, injuriosas, vejatorias o de menosprecio y a efectuar unas reflexiones sobre la necesidad de aplicar con rigurosidad los protocolos de la empresa para posibilitar la detección temprana de conductas semejantes.

En consecuencia, ha de entenderse que la comunicación efectuada vía WhatsApp por la empresa estuvo amparada por la libertad de información que le reconoce el artículo 20.1.D) de la Constitución, sin que se haya producido intromisión ilegítima en el derecho al honor o la propia imagen de la demandante

Cita la sentencia del Tribunal Constitucional 282/2000, de 27-11-2000, que entiende estudiaría un caso similar y que señala la inexistencia de vulneración del derecho al honor.

Termina señalando la falta de legitimación pasiva del codemandado D. Constantino porque " aun cuando hubiera sido él quien escribiera el concreto mensaje de WhatsApp (extremo que no ha resultado plenamente acreditado, por cuanto una testigo ha manifestado que desde Recursos Humanos se ordenó su envío), no habría actuado a título particular como persona física sino como administrador de la empresa, de suerte que no se advierten circunstancias que permitan intuir en su actuación un quehacer particular o diferenciado del propio de este cargo que justifique la extensión de responsabilidad de forma independiente a la de la empresa en cuyo nombre actúa"

2.- El recurso denuncia la infracción del artículo 18 CE cuando comunica a toda la plantilla que la demandante ha sido despedida por robo, al margen de que sea responsable personal o no el codemandado. Sustenta su tesis en que la imputación es completamente falsa y no ha quedado probado, y la difusión por un medio masivo como es el WhatsApp está poniendo en cuestión su honor y la imagen que los demás tienen de ella. Cita la sentencia del TSJ del País Vasco 661/2018 de 27 de marzo (" La nota reproducida en la sentencia va más allá de una mera información sobre el despido de la trabajadora, atribuyéndole conductas generadoras de problemas de convivencia en la empresa, así como socavar los valores y el respeto mutuo exigible") que reproduce extensamente y concluye solicitando la estimación de la demanda.

3.- El escrito de impugnación se limita a señalar al respecto que la comunicación se realiza a través de un WhatsApp " corporativo" con la única pretensión de que se vigile, se revisen y se observen las normas aplicables en la empresa". Sin mayor argumentación.

QUINTO.- La posición de la Sala sobre la existencia de vulneración del derecho fundamental.

El TC ha señalado en su sentencia 223/1992, de 14 de diciembre que el honor " se trata, sin duda, de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, que resulta así jurídicamente indeterminado", si bien en su sentencia 219/1992 de 3 de diciembre, señala que el derecho al honor, " no sólo es un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d) C .E., expresamente citado como tal en el núm. 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por la Constitución, derecho que deriva de la dignidad de la persona (STC 85/1992). De manera que, salvo que los propios actos lo disminuyan socialmente (STC 50/1983), su titular tiene derecho al respeto y reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás".

En la Sala somos conscientes de que debe realizarse una adecuada ponderación entre el derecho colectivo a la libertad de información y el derecho individual al honor. Igualmente somos conscientes de que la libertad de información queda extraordinariamente protegida cuando dicha información responde a la verdad.

Sin embargo no compartimos el juicio de ponderación que realiza la sentencia de instancia, y ello por cuanto nos planteamos si la comunicación a la totalidad de la plantilla de la sanción impuesta a la trabajadora reporta alguna utilidad a la empresa que justifique la pérdida del honor de la demandante, y también si esa utilidad es mayor que si dicha comunicación hubiera sido realizada sin indicar la persona sancionada; o, en otras palabras,

si resultaba necesario -para recordar al conjunto de la plantilla sus obligaciones de observancia de la buena fe contractual- indicar el nombre de la persona sancionada, máxime cuando no había recaído resolución judicial alguna que confirmase la calificación de "robo" (en el original en catalán, "robatori") a la actuación que se le imputa en la carta de despido: La conclusión obvia es que habría tenido el mismo efecto -como recordatorio al conjunto de la plantilla de sus obligaciones- indicando que se había procedido a sancionar a una persona por la presunta comisión de un robo, sin concretar de quién se trataba.

Pensamos que ante la hipótesis de que la calificación jurídica (y social) que adopta la empresa no sea ratificada posteriormente en vía judicial, con dicha comunicación se está vulnerando directamente el derecho al honor de la trabajadora demandante en la medida en que resulta estigmatizada de manera tal que, aun cuando en un estadio posterior se procediera -en el caso de no resultar aceptada judicialmente la calificación señalada- a actuar para reponer su derecho a una imagen de integridad moral y jurídica plena, de ninguna forma se repondría el honor a su situación existente antes de la comunicación. Es más, pensamos, que aun en el supuesto de que una resolución judicial ratificara a posteriori la existencia de una conducta que pudiera ser calificada de "robo", dicha decisión no convalidaría la actuación empresarial, en el sentido de que pudiera considerarse acorde al ordenamiento jurídico y respetuosa con el derecho al honor y a la propia imagen de la trabajadora la difusión de su conducta en un estadio inicial de la discusión. Item más, ni siquiera consideramos aceptable que -una vez establecido por sentencia del orden social la existencia de una conducta antijurídica por parte de la trabajadora consistente en la vulneración de la buena fe contractual en relación con su contrato de trabajo- la empresa pueda hacer una difusión masiva de dicha resolución jurisdiccional incluyendo los datos personales de la trabajadora.

En otras palabras, pensamos que la empresa pudo haber comunicado a su plantilla que había sancionado a una trabajadora con imputación de apropiación indebida, pero no incluir los datos de identificación personal de la persona afectada, como tampoco podría hacerlo ni siquiera después de haber recaído sentencia, en la medida en que dicha comunicación es una estigmatización innecesaria para el desarrollo de las relaciones laborales en la empresa, máxime teniendo en cuenta que dicha trabajadora no presenta ninguna condición personal que haga relevante dicho conocimiento para la plantilla (ocupar posición de especial responsabilidad o liderazgo en el seno de la empresa o entre las personas trabajadoras, a modo de ejemplo) supuesto en el cual si podría llegar a serlo en la medida en que su condición de ocupar tales responsabilidades, la hace notoria y objeto de mayor observación ante el resto de la plantilla.

En definitiva, concluimos que la actuación empresarial, al ser innecesaria, vulneró el derecho al honor de la demandante cuando comunicó de forma masiva al resto de la plantilla que se le había imputado la comisión de un robo.

En tal sentido procede estimar el recurso.

Queremos señalar expresamente que esta decisión no entra a valorar, por ser ajeno a este proceso, la calificación del despido con e que ha sido sancionada la trabajadora.

Cuestión distinta es las consecuencias que dicha vulneración deban tener.

SEXTO.- La compensación del daño moral en el presente caso.

El artículo 183.1 LRJS impone a los órganos judiciales la obligación de *pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados*. Cuestión que debemos analizar a continuación.

Obviamente la sentencia recurrida no se pronuncia sobre tal cuestión en la medida en que hay entendido que no ha existido vulneración de ningún derecho fundamental con la actuación empresarial. Tanto la demanda como el escrito de recurso tras el oportuno razonamiento vienen a plantear que la trabajadora debe ser indemnizada por su daño moral en cuantía de 60.000 €, citando al respecto la STCo 180/1999 y la 282/2000. El escrito de impugnación ni siquiera entra a analizar esta cuestión.

En la Sala somos conscientes de que una forma rápida de resolver la cuantía del daño moral es acudir a las previsiones del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS) que en su artículo 8.11 califica como falta muy grave "*los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*", para añadir en el art. 40 ("cuantía de las sanciones") que las mismas se sancionaran con multa que podrá ir de 7.501 a 30.000 euros, en su grado mínimo pudiendo alcanzar hasta 225.018 euros en su grado máximo. Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo 356/2022, de 20 de abril, ha analizado profundamente dicha cuestión y razona:

2.- Igualmente, hemos afirmado que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas en el caso, ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 15 de febrero de 2012, Rcd. 6701 ; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13 ; de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13 ; de 19 de diciembre de 2017, Rcd. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018 ; entre muchas otras). Con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente.

3.- Sin embargo, en multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por si mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Piénsese que, en estos momentos, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS ; y, al tiempo de producirse los hechos la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6.251 euros y 187.515 euros. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización. [Subrayado nuestro].

A la vista de todo ello en la Sala hemos concluido que en atención al ámbito exclusivamente profesional de la difusión del mensaje dentro de la empresa, la alta probabilidad de que el hecho fuera conocido por una parte importante de las personas destinatarias de la comunicación dadas las características de la empresa, la pretendida justificación (que también debemos reputar creíble) de recordar a la plantilla, de forma un tanto "paternalista", sus obligaciones de buena fe contractual, así como la ausencia de justificación razonada de la demanda y el recurso para sustentar su pretensión, entendemos que la indemnización adecuada es 1.500 euros, en atención también a cuanto después razonamos.

Sin embargo, la demanda también reclama la difusión de un mensaje en el que se enmienden la "injurias" contra la trabajadora, mensaje que pretende se remita a toda la plantilla, se le de difusión en las actividades de formación y se difunda en un periódico local. En la Sala pensamos que, a la vista de los HDP por la sentencia, y ante la ausencia de prueba de lo referente a los actos de formación y el periódico local, la reparación debe contraerse al ámbito del propio WhatsApp empresarial. Y si tenemos en cuenta las previsiones del artículo 9 de la LO 1/1982, a la compensación pecuniaria del daño moral debemos añadir la obligación de la empresa de remitir otro mensaje por el mismo medio e idéntica población destinataria, señalando que " el WhatsApp de fecha 29 de enero de 2020 en el que se informaba del despido de Margarita en el que se hacía referencia a una imputación de "robo" fue contrario al ordenamiento jurídico y vulnerador de su derecho al honor, según ha determinado la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en sentencia que declara la existencia de dicha vulneración, y ello al margen de la sentencia que recaiga sobre el despido de dicha trabajadora. "

Para tomar estas decisiones también hemos tenido en cuenta la sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017 en el caso Barbulescu, en la que se establece que -desde el punto de vista del CEDH- " el reconocimiento de una violación constituye una satisfacción justa suficiente para cualquier daño no pecuniario que haya sufrido el demandante", planteamiento plenamente acorde con la norma nacional que interpretamos en el sentido de una total libertad -ponderada y razonada por nuestra parte- en la fijación de la indemnización teniendo en cuenta la obligación de hacer que vamos a imponer.

Con todo lo cual entendemos compensada la vulneración del derecho al honor de la demandante.

Todo lo anterior nos lleva a estimar parcialmente el recurso.

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



FALLAMOS

Que debemos estimar en parte, como lo hacemos, el recurso interpuesto por Margarita contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Barcelona, de fecha 22-7-2020, recaída en autos 201/2020, seguidos a instancia de la parte recurrente contra SANDWICHEZ RESTAURACIÓN, S. L., Constantino y MINISTERIO FISCAL, en proceso sobre derechos fundamentales y en su consecuencia revocamos dicha sentencia, estimamos la demanda, y:

Primero: Declaramos que la comunicación por WhatsApp de fecha 29-1-2020 mediante la cual la demandada comunico a su plantilla que la demandante había sido despedida por robo vulnera su derecho al honor.

Segundo: Declaramos nula dicha comunicación.

Tercero: Condenamos a la empresa SANDWICHEZ RESTAURACIÓN, S. L. a que de forma inmediata remita al conjunto de su plantilla un WhatsApp con el siguiente contenido:

"el WhatsApp de fecha 29 de enero de 2020 en el que se informaba del despido de Margarita en el que se hacía referencia a una imputación de "robo" fue contrario al ordenamiento jurídico y vulnerador de su derecho al honor según ha determinado la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en sentencia que declara la existencia de dicha vulneración, y ello al margen de la sentencia que recaiga sobre el despido de dicha trabajadora."

Cuarto: Condenamos a SANDWICHEZ RESTAURACIÓN, S. L. al abono de una indemnización de 1.500 euros, por el daño causado a Margarita .

No hacemos pronunciamiento sobre imposición de las costas del proceso.

Firme que sea la presente sentencia se ordena la pérdida del depósito y la consignación efectuada para poder recurrir a las cuales se dará el destino legal o se destinara al cumplimiento de la condena recogida en el fallo de la sentencia.

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

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

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

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

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

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente,



en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ