

TSJ Madrid, Sala de lo Social, nº 73/2016, de 31/01/2016, Rec 809/2015

- **Orden:** Social
- **Fecha:** 31 de Enero de 2016
- **Tribunal:** TSJ Madrid
- **Ponente:** Cea Ayala, Benedicto
- **Núm. Sentencia:** 73/2016
- **Núm. Recurso:** 809/2015
- **Núm. Cendoj:** 28079340062016100071

Encabezamiento

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

ROLLO Nº:RSU 809/2015

TIPO DE PROCEDIMIENTO:RECURSO SUPPLICACION

MATERIA:DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 239/2015

RECURRENTE/S:D. Romulo

RECURRIDO/S: ASOCIACIÓN DE PADRES CON DISCAPACIDAD

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a uno de febrero de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA**, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 73

En el recurso de suplicación nº **809/2015** interpuesto por el Letrado D. CARLOS MIGUEL SÁNCHEZ GARCÍA, en nombre y representación de **D. Romulo** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de MADRID, de fecha DIECISÉIS DE JULIO DEL DOS MIL QUINCE , ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. BENEDICTO CEA AYALA**.

Antecedentes

PRIMERO.-Que según consta en los autos nº **239/2015** del Juzgado de lo Social nº **4** de los de Madrid, se presentó demanda por D. Romulo contra **ASOCIACIÓN DE PADRES CON DISCAPACIDAD** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en DIECISÉIS DE JULIO DEL DOS MIL QUINCE , cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

'Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Romulo frente a la Entidad ASOCIACIÓN DE PADRES CON DISCAPACIDAD declaro la improcedencia del despido de fecha 31-12-14 condenando a la Entidad demandada a readmitir al actor en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido o bien a su elección formulada en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución ante la Secretaría del Juzgado y con la advertencia de que en el caso de no indicar nada en dicho plazo se entendería que opta por la readmisión del trabajador, a abonarle una indemnización por importe de 14.806,84 euros, así como a abonarle los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido y con descuento de lo percibido en el nuevo empleo en el que presta servicios, para el supuesto de optar la empresa por la readmisión.

Asimismo condeno a la empresa a abonar al actor la suma de 1.838,14 euros más el recargo del 10% en concepto de mora en el pago'.

SEGUNDO.-En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

' **1.-** D. Romulo con DNI NUM000 ha venido prestando sus servicios profesionales por cuenta y dependencia de la Entidad demandada desde el 14-11-09, con la categoría profesional de Director de Centro y salario mensual de 2.280,78 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras.

2.- No consta que la parte actora haya ostentado representación legal o sindical de los trabajadores..

3.- En fecha 30-12-14 y con efectos del 31-12-14 la Entidad demandada notificó al actor una carta de despido alegando diferencias de criterio con la dirección y gerencia.

Dicha carta fue notificada al representante sindical.

4.-En fecha 10-12-14 tiene lugar una reunión en la Asociación demandada con la asistencia de las personas y en los términos que se recogen en el documento 2 de la empresa que se reproduce. El demandante firma tal acta de lo acontecido en tal reunión sin reflejar salvedad alguna.

Tal reunión tiene lugar ante los comentarios realizados el día 9 de diciembre por parte de un usuario del centro con discapacidad intelectual al psicólogo y médico del centro e incluso al propio demandante y que éste refirió al gerente de la Asociación, señalando que el actor en una salida que habían realizado junto con otros usuarios había dormido con él y le había besado en distintas ocasiones. En el acta levantada como consecuencia de tal reunión se concluye que después de analizar la situación y en comunicación con la familia, no se puede llegar a la conclusión de que haya duda razonable a la hora de valorar que se haya producido abuso aunque sí una mala práctica por parte del Director, y entre otras cosas se considera adecuado contar con el asesoramiento de la unidad de abuso y discapacidad intelectual de la Fundación Carmen Pardo Valcarce.

5.-El 11-12-14 se mantiene una entrevista entre el usuario implicado en los sucesos y el psicólogo del centro y la trabajadora Social Natalia con el resultado que se refleja en el documento 4 de la empresa que se reproduce.

Entre los días 7 y 8 de diciembre del 2014 el actor y el usuario al que se hacía referencia en la reunión del 10 de diciembre, se intercambiaron vía whatsapp los mensajes con el contenido que obra en los documentos 5 y 6 de la empresa que se reproducen y que tras ser mostrados al psicólogo del centro por el usuario en la entrevista mantenida con el mismo el día 11-12-14 el psicólogo por orden de la gerencia procedió a extraer del teléfono móvil e imprimir.

6.-Consta otra reunión entre la madre del usuario GRPS, éste y la Gobernanta del centro en la que ésta le insistía al usuario que no era cierto que hubiera pasado algo entre el actor y el usuario en la salida que tuvieron a finales de noviembre y el usuario insistía en que sí era verdad.

Consta que a finales del mes de noviembre del 2014 el demandante y la Gobernanta del centro hicieron una salida de ocio con el usuario GRPS y otros que implicaba dormir fuera de la Residencia. En tal salida consta que el usuario GRPS durmió en el mismo colchón que el actor, juntándose dos colchones en los que dormían tres personas y el actor junto al referido usuario.

7.-El 12-12-14 la Entidad demandada procede a notificar al actor carta de sanción por falta muy grave imponiéndole la sanción de suspensión de empleo y sueldo desde el 15 al 30 de diciembre, ello en los términos que se reflejan en la carta aportada por la empresa como documento 6 y que se reproduce. En tal carta tras indicar como antecedentes lo referido por el usuario del centro el día 9 de diciembre y la reunión mantenida el 10 de diciembre se indica una vez oído el actor que siendo consciente el mismo del historial y expediente psicosocial, de la situación de dependencia y obsesión que el usuario tiene hacia las figuras de referencia y autoridad, como es la suya de Director de la Residencia, en virtud de su discapacidad intelectual y trastorno límite de la personalidad no ha evitado mantener reiterados contactos a través del móvil personal y profesional, así como numerosos acompañamientos dentro y fuera del centro, e incluso los días 28, 29 y 30 del pasado mes de noviembre en una actividad de ocio, en la que contaba con los permisos pertinentes, ha compartido cama con el usuario, lo que supone todo que a todos los efectos es una conducta impropia e inadecuada dadas las características y situación de dependencia de la persona con discapacidad.

El actor impugnó dicha sanción mediante demanda formulada en fecha 23-1-15.

8.-El 19-12-14 se emite informe por la Fundación Carmen Pardo Valcarce como consta en el documento 3 de la empresa concluyendo en la necesidad de cara a garantizar la integridad tanto física como emocional de la víctima de separar a la persona sobre la que recaen las sospechas de abuso del presunto abusador de forma que

no vuelva a darse ningún tipo de contacto entre éste y los perjudicados tomando las medidas que fuesen oportunas para garantizar la protección física y emocional de la víctima.

Ante tal informe el psicólogo del centro en reunión con los educadores del centro señala que el usuario GPRS debe ser tratado como víctima de manera que se culpabilice al Director y no al referido usuario de lo acontecido.

9.-El 30-12-14 tiene lugar una reunión entre el gerente de la Entidad demandada y el actor así como con presencia del representante sindical en la que el gerente expone la situación de desconfianza producida tras los hechos que motivaron la sanción impuesta al mismo y que sería conveniente que reconsiderara su situación en la empresa demandada. El actor señaló que él quería seguir manteniendo su puesto de trabajo al no tener nada que ver con unos supuestos abusos y a la vista de ello el gerente en ese momento llama a su asesoría jurídica para que le preparen una carta de despido.

10.-En fecha 3-7-14 se emite informe por la Fundación Inclusive en relación a la revisión del certificado de discapacidad del usuario G.R.P.S., en los términos que constan en el documento 7 de la empresa que se reproduce.

Por la referida Fundación se emite otro informe en relación al mismo usuario el 25-5-15 como consta en el documento obrante a los folios 37 y siguientes del procedimiento que se reproduce.

A los folios 51 y siguientes del procedimiento se aporta el mapa de vida del usuario GRPS dándose por reproducido y reflejándose en el mismo como aspectos médicos que presenta una discapacidad intelectual leve, un trastorno de la personalidad Cluster A y Cluster B, hiperactividad, trastorno psicótico. La ficha médica de tal usuario obra al folio 56 del procedimiento.

11.-No consta que la Entidad demandada haya abonado al actor las siguientes cantidades y por los conceptos que se indican a continuación:

P.P. PAGA EXTRA VERANO: 835,94 EUROS

P.P. VACACIONES: 1.002,20 EUROS

TOTAL: 1.838,14 EUROS

12.-El actor sigue tratamiento con psicólogo privado desde diciembre del 2014 sin que conste la fecha concreta al referir síntomas psico- fisiológicos asociados a su situación laboral, habiéndose emitido informe en fecha 15-5-15 como consta en el documento 10 de la parte actora.

13.-El actor está actualmente prestando servicios en otra empresa, en concreto la Asociación Inclusive, desde el 16-2-15, sin que conste que haya sufrido baja médica alguna.

14.-Consta celebrado el preceptivo acto de conciliación previa sin avenencia'.

TERCERO.-Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 27.01.16.

Fundamentos

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia, estimatoria, en parte, de la demanda de despido, por motivos disciplinarios, formulada en autos, declarando su improcedencia, pero descartando la nulidad, recurre en suplicación la parte actora, para reiterar la pretensión de nulidad, por vulneración de derechos fundamentales.

Según la resolución de instancia, la empresa, tras haber sancionado al actor, director de un centro de atención a discapacitados, con fecha 14-12-14, por haber mantenido con un usuario del centro, que padece trastornos de conducta y de la personalidad, una conducta 'inapropiada', mediante contactos con el móvil personal y profesional y realizando acompañamientos dentro y fuera del centro, compartiendo colchón con el mismo, procedió a su despido, sin haber ocurrido nuevos hechos, el 30-12-14, alegando haber perdido la confianza en el demandante, que era director del centro, a través de una carta en la que no se le imputa falta o incumplimiento alguno, sino exclusivamente la existencia de diferencias de criterio con la dirección y gerencia de la empresa, por haber mantenido una conducta inapropiada con un usuario del centro, habida cuenta sus antecedentes e historial, y sin que por ello se le imputasen abusos a ese usuario, ni se hiciese referencia a su supuesta orientación sexual, por lo que se declaró la improcedencia del despido, al carecer de causa y no cumplir los requisitos formales, pero descartando que con dicha decisión se hubiesen vulnerado los derechos fundamentales del actor, y en especial su dignidad personal y el honor, al no guardar conexión con los hechos motivadores del cese. Y disconforme con dicho pronunciamiento, al reiterar su pretensión principal, tendente a la declaración de nulidad del despido, por vulneración de derechos fundamentales, con el consiguiente reconocimiento de una indemnización adicional, recurre en suplicación el demandante, articulando al efecto diez motivos de recurso, de los cuales los siete primeros se destinan a la revisión de los hechos probados; el octavo a interesar la nulidad de determinada prueba; y los dos motivos restantes al examen del derecho aplicado.

SEGUNDO.-Con amparo procesal en el apartado b) del art. [193 LRJS](#) , la recurrente interesa las siguientes revisiones de hechos.

En 1º lugar del hecho 1º, para el que propone se adicione el siguiente texto: 'Que el actor fue contratado el 16/02/2015 por la ASOCIACIÓN INCLUSIVE, con la categoría profesional de Técnicos Integral Social y un salario mensual de 1323,57 ? con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras'.

Se basa para ello en el recibo de salarios que obra al folio 102 -sin duda quiso decir, al folio 132 - de los autos, aduciendo que es un hecho - la contratación posterior del actor - a la que ya alude, si bien de forma parcial, el hecho probado 13º. El hecho es cierto, al gozar de adecuado respaldo documental y no haber sido negado de contrario, por lo que, y con independencia de cuál pueda ser su relevancia para alterar el signo del fallo que se recurre, se impone su estimación.

A continuación -motivo 2º -, la recurrente interesa la revisión del hecho 4º, para el que propone la siguiente redacción alternativa: 'Que el día 09/12/2014 Don Patricio (GRPS o usuario) realiza comentarios en el Centro afirmando que había sido objeto de tocamientos por parte del Director del mismo durante el viaje que había realizado a Comillas, junto con 3 usuarios y la Gobernanta y Director de dicho centro, lo que transmitió ese mismo día al Gerente del Centro. Tras ello el Gerente convoca al día siguiente 10/12/2014 una reunión a la que asisten, además de este, 5 trabajadores del Centro: el Psicólogo (Don Romeo), el Médico (Don Segismundo), una Trabajadora Social (Doña Natalia), la Gobernanta (Doña Paula) y el actor. De dicha reunión se levantó el Acta que obra al doc. 2 de la demandada y doc.3 del actor. Previamente, ese mismo día, el Gerente y los trabajadores relacionados habían celebrado una reunión con la familia del usuario, relatándoles lo sucedido, y en la que estos indican que conocen que este tipo de acusaciones están relacionadas con el trastorno límite de personalidad de su hijo. Tras estas dos reuniones, en el Acta levantada se relata que no se puede afirmar que haya existido abuso alguno del director respecto al usuario, aunque consideran que ha existido una mala práctica por parte de este, sin que exista comentario o apreciación alguno respecto a la Gobernanta, que también había compartido estancia en el mismo domicilio y cama con otros dos usuarios, en los mismos días que el Director. Concluyendo el Acta sobre la conveniencia de conocer el criterio del Psiquiatra (no consta que éste haya emitido Informe alguno), y el asesoramiento de la unidad de abuso y discapacidad intelectual de la Fundación Pardo Valcarce, mandatando a tal fin a la Trabajadora Social Doña Natalia '.

Se basa para ello en el contenido del acta que obra reproducida a los folios 103 y 104 de los autos, y que, según la recurrente, se ha interpretado de forma 'sesgada'. Pero se trata de documental, consistente en un acta de determinada reunión mantenida en el centro el pasado 10-12-14, que ya ha sido valorada en la instancia, en su F. de D. 2º, y de cuyo contenido tampoco se desprende, en su literalidad, el texto alternativo que se propone, por lo que no es dable apreciar el error, evidente, patente y directo, que se imputa a la juzgadora de instancia en la valoración de dicho medio de prueba, y que justifique la revisión fáctica que se interesa - arts. 193.b) y [196.3 LRJS](#) -, por lo que debe desestimarse.

En el motivo 3º se interesa la supresión del 2º párrafo del hecho 5º, o subsidiariamente la adición del siguiente párrafo: 'Que el Psicólogo de la Residencia, según afirmó en su declaración, por orden la Fundación Carmen Pardo - Valcarce, procedió a descargar, sin conocimiento ni consentimiento del actor (el director), unas pretendidas conversaciones mantenidas entre éste y el usuario los días 7 y 8 de diciembre de 2014, cuyo contenido no fue reconocido en la vista oral por el actor'.

Aduce en síntesis la recurrente que se trata del contenido de unos presuntos mensajes cuya transcripción se ha llevado a cabo sin el consentimiento del trabajador, basándose para ello en la prueba testifical del Psicólogo y en el interrogatorio del propio actor, quien además no reconoció en el acto del juicio el contenido de los mensajes aportados. Pero, y al margen de lo que se razonará a continuación sobre estos extremos, se trata de prueba testifical, en conexión a su vez con la prueba de interrogatorio de partes, que no son medios de prueba idóneos para sustentar una revisión de hechos en sede de recurso - arts. 193.b) y [196.3 LRJS](#) -, por lo que se impone su desestimación.

En el 4º motivo del recurso interesa la recurrente la modificación del hecho 7º, proponiendo como redacción alternativa la siguiente: 'El 12-12- 14 (viernes) la entidad demandada procede a notificar al actor carta de sanción por falta muy grave imponiéndole la sanción de suspensión de empleo y sueldo desde el 15 al 30 de diciembre de 2014, ambos inclusive, ello en los términos..... El actor hizo constar su No Conforme en dicha carta de sanción Impugnándola mediante demanda formulada el 23-1-15'.

Se basa, en esencia, en la prueba documental obrante a los folios 124 y 135 de los autos, consistente en la carta de sanción que le fue entregada al actor el 12-12-14. El hecho es cierto, al estar sustentado en documental suficiente; pero al tenerse ya por reproducida la citada carta en el hecho probado en cuestión, y con ello también las circunstancias a las que se hace mención en este motivo, se impone, por redundante e innecesario, su desestimación.

A continuación, y en el 5º motivo del recurso, se propone la adición del siguiente nuevo hecho: 'En la demandada ASOCIACION DE PADRES CON DISCAPACIDAD (APADIS) se atiende a diversos usuarios, unos se encuentran subvencionados parcial o totalmente bien por la Comunidad de Madrid u otros Organismos, y otros carecen de subvención alguna por lo que abonan las mensualidades correspondientes. El usuario carecía de subvención alguna, abonando a dicha Asociación una cantidad de unos 1.600 €/mes. Con anterioridad a ser ingresado en la demandada, éste permaneció ingresado en la FUNDACION INCLUSIVE desde mayo 2013 a mayo 2014, resaltándose en el Informe de esta Fundación que durante su tiempo de permanencia se sucedieron tres incidentes con tres profesionales, a los que el usuario acusó de haber querido mantener relaciones sentimentales

con él, lo que obligó al Centro a tener que reubicar a unos de los profesionales para no tener contacto con el usuario y evitar agresiones de éste'.

Se basa la recurrente, en esencia, en el informe que, interesado por el juzgado, fue elaborado por la FUNDACIÓN INCLUSIVE, y obra unido a autos a los folios 37 y 38 de los autos, en conexión con otros medios de prueba, como la testifical y el interrogatorio de partes, practicadas en autos. Pero ni la literalidad del documento se corresponde con lo afirmado en el nuevo hecho, ni los otros medios de prueba que cita la recurrente son idóneos para sustentar una revisión de hechos en sede de recurso - arts. 193.b) y [196.3 LRJS](#) -. Por ello debe desestimarse.

En el 6º motivo del recurso se interesa la modificación del 1º párrafo del HP 8º, con la propuesta del siguiente texto alternativo: 'Que el 19/12/2015 la Fundación Carmen Pardo Valcarce emite un Informe - en base a la información verbal trasladada a ésta por la trabajadora social Natalia indicándoles que un usuario había manifestado que el Director había dormido con él y le había besado varias veces, en base a los whatsapps de presuntas conversaciones mantenidas entre el Director y el usuario cuya descarga se había ordenado al Psicólogo del Centro, sin entrevistarse ni con dicho Director ni con el usuario-, que recomienda como pauta de actuación dotar a la víctima de protección, hasta que se resuelva el procedimiento o se esclarezca lo ocurrido para concluir que se debe separar a la víctima del presente abusador'.

Se basa para ello en el mismo informe ya tenido en cuenta por la Magistrada de instancia para elaborar el hecho en cuestión - folios 105 al 107 de los autos - del que la recurrente resalta su total falta de rigor, fáctico y jurídico, al no existir, a su juicio, prueba documental, ni otro medio de prueba, que lo sustente. Pero, y conforme a reiterada doctrina, la revisión fáctica no puede sustentarse en el mismo documento ya valorado por el juzgador a quo, máxime cuando se trata de un informe cuya unión a autos fue interesada por el propio actor y recurrente. Por ello debe desestimarse.

Y por último, y en el motivo 7º, la recurrente interesa la modificación del párrafo 1º del hecho probado 9º, para el que propone el siguiente texto alternativo: 'Que el día 30/12/2014, encontrándose el actor suspendido aún de empleo y sueldo, el Gerente cita a éste a una reunión en la empresa, en la que participa también la Representante Sindical Doña Africa . En dicha reunión, el Gerente le comunica que, tras el Informe emitido por la Fundación Pardo Valcarce el 19/12/2014 y tras la recomendación realizada por el Psicólogo del Centro -en reunión con los educadores del mismo en que éste les indicó que el usuario debía ser tratado como víctima, culpabilizando al Director y no al usuario de lo acontecido -insta al actor a que acepte pedir su baja voluntaria. Ante la negativa del actor a abandonar su puesto de trabajo, alegando que no aceptaba el hecho de unos supuestos abusos, el Gerente le indica que en ese caso pedirá al asesor de la empresa que le remita una carta de despido, en la que no se iba a objetivar el asunto de los presuntos abusos. Efectivamente, le es entregada ese mismo día la carta de despido adjunta a la demanda interpuesta, que es recepcionada por el actor haciendo constar su No Conforme'.

Para ello la recurrente se remite a distinta documental, que a su vez pone en relación con lo afirmado en otros hechos probados, o con lo razonado en otros F. de D. En concreto se remite, entre otros documentos, tanto a la carta de sanción como a la correspondiente demanda - folios 135 al 140 -, y al acta que obra al folio 141, para concluir de todo ello que los educadores del centro tenían perfecto conocimiento de que el motivo real y auténtico del despido era la de considerar al actor 'pederasta y homosexual', 'dando carta de naturaleza a las acusaciones inicialmente vertidas por el usuario, y de las cuales eran conocedores, no solo los educadores del centro, sino el resto de usuarios'.

Pero, y como en parte advierta la recurrida, o bien se trata de documental que no ha sido reconocida ni averada por otros medios de prueba, como es el acta que obra al folio 141; o bien ya ha sido valorada en la instancia; o bien se sustenta en hechos sobre los que la sentencia de instancia ya argumenta en su fundamentación jurídica, y sin que en ninguno de tales casos pueda hablarse de error evidente, patente y directo en la valoración de la prueba, que justifique la revisión fáctica que se interesa, y que además tampoco se corresponde con la literalidad de los documentos en que la misma se sustenta. Por ello debe desestimarse.

TERCERO.-En el siguiente motivo del recurso, que se ampara en el apartado a) del art. 193 [LRJS](#) , la recurrente denuncia la infracción del art. 90.2 [LRJS](#) , en relación con el art. 11.1. [LOPJ](#) , 283.1 [LEC](#) , y [18.1.3](#) y 4 y 24 [CE](#) . Aduce en síntesis la recurrente que la transcripción de presuntos mensajes enviados entre el actor y el usuario, viola el derecho al secreto de las comunicaciones, y el honor e intimidad del actor, al haberse realizado sin su conocimiento ni consentimiento, concluyendo de todo ello, con cita de diversa doctrina judicial, en la inadmisión de la prueba prohibida, que estima ha de ser declarada nula. Por ello interesa, bien la nulidad del acto de la vista, con reposición de lo actuado a dicho trámite, para su nueva celebración; o bien que no se la tenga en cuenta a la hora de fijar el relato de instancia, mediante la supresión del párrafo 2º del hecho 5º.

Se trata de la transcripción de determinados mensajes que se intercambiaron el actor y el usuario del centro, que obra aportada al ramo de prueba de la empresa - folios 111 al 123 -, y que, según el hecho probado 5º, fueron mostrados por el usuario al psicólogo del centro, quien, y por orden de la gerencia, y con el consentimiento del usuario, procedió a dicha transcripción. Pero la cuestión atinente a sí el acceso al contenido de los citados mensajes vulnera, o no, los derechos fundamentales del actor, no consta se hubiese invocado antes en el curso del juicio, dado que la recurrente se limitó entonces a manifestar que no reconocía su contenido - 'no se reconoce' la citada documental, según expresión literal vertida en el acto del juicio -, aunque sin aducir nada relacionado con una posible vulneración de sus derechos fundamentales, ni haber procedido, en consecuencia, en la forma prevista en el art. [90.2 LRJS](#) . Pero es que además la sentencia de instancia nada dice en relación a su contenido, al limitarse a argumentar sobre la conveniencia, o no, de que entre el demandante y el usuario se

podiesen mantener este tipo de contactos, vía mensajes, que no se han negado en el recurso, pero sin haber entrado la sentencia en otras consideraciones sobre su posible contenido.

En todo caso, y conforme se razona, entre otras, en la STS de fecha 20-5-13, recurso nº 258/11, en doctrina asimismo aplicable al recurso de suplicación, el planteamiento de cuestiones nuevas 'ha de excluirse en el recurso de casación - bien sea ordinario o para la unificación de doctrina -, que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería -asimismo- los principios de audiencia bilateral y congruencia (...). Y al efecto se ha argumentado por esta Sala que si por el principio de justicia rogada el Juez o Tribunal «sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas... Por tanto, fuera de esos momentos iniciales..., no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso»'.

Por todo ello, y como cuestión nueva que es, se impone la desestimación de este motivo del recurso.

CUARTO.-A continuación - motivo 9º -, y con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 [LRJS](#), la recurrente denuncia la infracción del art. [55.5 ET](#), en relación con el art. [108.2](#) de la [LRJS](#), y 10, 14 y 15 [CE](#). Aduce en síntesis la recurrente, tras resumir los hechos acaecidos entre el 18-11-14 y el 30-12-14, incluida la 1ª sanción, que la demandada, tras haber sancionado al actor por los mismos hechos en el mes de diciembre del 2014, volvió a replantearse su actuación disciplinaria, para prescindir definitivamente del actor, alegando ahora 'diferencias de criterio con la Dirección y Gerencia', o 'pérdida de confianza en el actor', cuando, y a su juicio, el motivo real del despido no fue otro que considerar al actor 'abusador del usuario', sin respeto a su intimidad y dignidad, y sin oportunidad alguna de alegar o manifestar absolutamente nada en su defensa, por lo que entiende que el despido debe declararse nulo.

Tampoco puede prosperar, por cuanto, y conforme así se razona en la instancia, o bien no se han aportado a autos indicios suficientes de la vulneración de los derechos fundamentales que se invocan en el recurso; o bien los indicios aportados, desde que el actor fue sancionado en una 1ª ocasión, por los mismos hechos - sanción que fue impugnada -, no son de entidad suficiente para poder desplazar la carga de la prueba a la otra parte, dado que en la carta de despido que le fue entregada al actor en ningún momento se le imputaba cualquiera de las conductas sobre las que la recurrente construye su alegato - como la de ser abusador de un usuario, o en relación a una supuesta orientación sexual del actor -, pues solo se le indicó, con base a los informes elaborados y aportados a autos sobre aquellos mismos hechos, que había sido la diferencia de criterio y la pérdida de confianza con la dirección del centro lo que justificaba la decisión impugnada en estos autos, habida cuenta el cargo de responsabilidad ocupado por el actor, como director del centro, y los trastornos de conducta y personalidad del usuario afectado, que hacían inapropiada, por resultar contraindicados, la conducta observada por el actor, manteniendo contactos con el móvil personal y profesional, y realizando acompañamientos, pero sin haber imputado al actor abuso alguno, ni haber insinuado dato relacionado con su orientación sexual, ni en consecuencia haber divulgado conducta alguna relacionada con tales hechos.

En efecto, y conforme, entre otras, se recuerda en la STS de fecha 16-7-08, recurso nº 2785/07, 'para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquella [la vulneración constitucional] se haya producido» (...), que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación. Y que presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (...); «en lo que constituye [...] una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria-»'.

Pero es más, incluso la aducida posible doble sanción por los mismos hechos solo sería motivo de improcedencia, y no de nulidad del despido; mientras que la posible vulneración de derechos fundamentales en la obtención de determinada prueba, cuando el despido no se ha declarado procedente, la convertiría exclusivamente en nula por haberse obtenido ilícitamente, pero sin trascendencia en la calificación del mismo, al no haber resultado determinante a estos efectos, máxime cuando lo pedido es sencillamente que no se tenga en cuenta; todo ello al margen de cuanto se ha razonado más arriba en relación a su consideración como 'cuestión nueva', lo que en cualquier caso debe obstar a su posible toma en consideración.

Por ello este motivo debe desestimarse.

QUINTO.-En el último motivo del recurso, el 10º, la recurrente denuncia, con idéntico amparo procesal, la infracción del art. [183.1](#) y 3 [LRJS](#), en relación con el art. [55.5 ET](#). Aduce en síntesis la recurrente, para el supuesto de que el despido del actor se declarase nulo, que éste tiene derecho a un resarcimiento por los daños y perjuicios causados; unos patrimoniales, cifrados en la diferencia entre lo que venía percibiendo y lo que ha

pasado a percibir en la nueva empresa; y otros 'extra-patrimoniales', y cuya producción genera un quebranto no material, pero sí psíquico, zozobra, ansiedad, angustia, temor, etc..., y que además han incidido negativamente en su prestigio profesional, al haber sido objeto de unas acusaciones, como el haber abusado de un usuario del centro, o mantener comportamientos homosexuales, sin posibilidad alguna de defensa.

Se basa para ello en prueba pericial - hecho probado 12º, folios 145 al 153 de los autos -, que ha diagnosticado que el actor padece trastorno depresivo mayor y trastorno de ansiedad generalizada, y que, a su juicio, no cabe minimizar, cifrando tales perjuicios en 27.369,36 €, correspondiente a una anualidad de salario.

Pero la desestimación de los anteriores motivos, a cuyo éxito se condiciona la estimación de este motivo, habida cuenta de que se ha descartado la nulidad pedida por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, obsta, por esa sola razón, a su acogimiento, por lo que, y sin necesidad de otros argumentos, se impone su desestimación.

Por todo ello el recurso debe ser desestimado. Sin costas - art. [235 LRJS](#) -.

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

Fallo

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por **D. Romulo**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de MADRID, de fecha DIECISÉIS DE JULIO DEL DOS MIL QUINCE, en virtud de demanda formulada por D. Romulo contra ASOCIACIÓN DE PADRES CON DISCAPACIDAD, en reclamación de **DESPIDO**, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. [220](#), [221](#) y [230](#) de la [L.R.J.S](#), advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. [229.1](#) b) de la [LRJS](#) y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **809/2015** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo 'observaciones o concepto de la transferencia', se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 809/2015), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. [230.1 L.R.J.S](#)).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.