



Jutjat Social núm. 1 de Mataró

Carrer Alcalde Abril, 33 - Mataró
08302 Mataró

Tel. 937414286
Fax: 937982953
A/e: social1.mataro@xj.gencat.cat

NIG 0812144420168026017

Acomiadaments / cessaments en general 427/2016 C

Materia: Acomiadament

SENTÈNCIA NÚM. 62/2017

Magistrada: Raquel Martín Bailón

Mataró, 22 de febrero de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La demandante [REDACTED] interpuso demanda de impugnación de su despido disciplinario dirigida contra la empresa "

[REDACTED] y contra el FOGASA, alegando los argumentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, los cuales se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite y las partes fueron convocadas a celebración de juicio, el cual tuvo lugar en fecha 21 de febrero de 2017, ratificando la parte demandante sus pretensiones, formulando oposición a la demanda la empresa demandada con los argumentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, los cuales también se dan por reproducidos, no compareciendo el FOGASA y quedando los autos vistos para sentencia tras la práctica de las pruebas admitidas.





TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado todos los plazos legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La parte actora, [REDACTED], mayor de edad, con DNI núm. [REDACTED], viene prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada, con antigüedad desde el 23.09.2008, en virtud de contrato de trabajo indefinido, con categoría profesional de camarera de pisos, nivel 5, grupo A del convenio colectivo aplicable, del sector de la Industria de Hostelería y Turismo de Catalunya, viniendo realizando desde inicio de relación laboral una prestación servicios de temporada (fija discontinua) a razón del 75% de la jornada, con prestación de seis horas diarias (de 9:00 horas a 15 horas) con distribución de lunes a domingo, sin haber ostentado la actora la condición de representante legal de los trabajadores.

La actora se encuentra afiliada al sindicato de CCOO de Cataluña.

SEGUNDO.- En fecha 20 de junio de 2016 la actora recibió comunicación de la mercantil demandada de fecha 17.06.2016 informándole de la extinción de su contrato con amparo a causas disciplinarias del art. 54 c) del ET y con efectos del 17.06.2016. Comunicación que consta adjuntada como documento nº1 con la demanda y cuyo contenido se da totalmente por reproducido sin perjuicio de destacar que en ella la empresa alega: " *la direcció d'aquesta empresa ha decidit sancionar-la amb l'acomiadament amb efectes del dia de la data, per haver comés una falta molt greu, tipificada en Article 56.9 del Conveni Col·lectiu que diu: (...) Fets: Primer.- el passat dia 29 de març 2016 vosté va agafar la baixa i no treballa per trobar-se de baixa per IT. Segon.- El dia 7 de juny a les 17 h va ser vista estenent la roba al balcó de casa seva. Se li observa des de la via pública ajupir-se repetidés vegades per agafar la roba des del recipient on l'ha portat, separar-la estendre-la i col·locar-la al estenedor usant les pinces per subjectar-la. El realitza amb gran destresa i a gran velocitat sense observar en*





cap moment senyals de molésties o impediment físic. També es va observar la presència de la seva parella al balcó que en cap moment li va prestar ajuda amb la tasca pel que considerem que encara que es tracta d'una tasca quotidiana, es inconsequent amb la prolongació de la seva baixa tenint en compte la destresa manual que posa en evidència en manejar les pinces i l'absència de molésties. Una hora mes tard, torna a sortir a la balconada on se li observa de nou penjar i recollir roba. Dimecres 8 de juny a les 11:15 h, surt de casa seva caminant en direcció a la platja. Porta una gran bossa penjant de l'esquena aguantada per la seva mà dreta. Es despulla i es vesteix, posa i recull la tovallola i busca coses a la bossa utilitzant les mans. A l'estirar a la tovallola recolza les seves mans a la tovallola per aguantar el seu pes i girar el seu cos fins a seure. El dijous 9 de juny a les 9:36 h, surt de casa seva i es dirigeix cap al mercat, situat en el seu mateix carrer, on es passa aproximadament 40 minuts mirant parades. Se l'observa provant diferents barrets en una de les parades. Després de tornar al seu domicili torna a sortir a les 10:24 h per anar de nou a la platja on se li observa de nou portar una gran bossa i realitzar les mateixes actuacions que el dia anterior. El dia 10 de juny a les 10:58 h es puja de copilot en cotxe, a les 13:42 h torna al voltant del seu domicili, de nou de copilot. Estacionen el vehicle al carrer Av. Barcelona mes de 60 metres de l'entrada a la comunitat on resideix vosté malgrat tornar amb un gran volum de compres. Vosté agafa i transporta cinc bosses i la bossa, arriscant a subjectar-les en un mà per col·locar-se de la bossa, recorrent la distància des de l'establiment al seu domicili sense observar mostrar cap gest de dolor, molestia o impediment. Tercer.- el treballador que causa baixa ha de fer tot el possible per recuperar el mes aviat el seu estat de salut per poder-se incorporar de nou a la feina, la realització de tasques que perjudiquin la seva recuperació o el endarreriment a la incorporació suposa transgressió de la bona fe contractual ja que suposa un allargament innecessari del procés de baixa. (...).

TERCERO.- La actora desde 29.03.2016 se encuentra en situación de IT prolongada como consecuencia de intervención quirúrgica realizada el 25.04.2016, de una fisura en el húmero y en el manguito rotador.





Codi Segur de Verificació: 1KFTQSS1F04FFJ6Y0T52AQIRB2FLEP

Signat per Marlin Bailón, Requet;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça electrònica de l'Administració de Justícia a Catalunya

Data i hora 01/03/2017 13:19

CUARTO.- La actora nunca ha recibido amonestación o sanción disciplinaria alguna por la empresa demandada.

QUINTO.- La empresa demandada investigó a otros dos trabajadores en situación de IT, procediendo al despido de ambos por idéntico motivo al de la actora; a la [REDACTED], entregándole carta de despido disciplinario en fecha 30 de mayo de 2016 y al [REDACTED], entregándole carta de despido disciplinario en fecha 14 de junio de 2016. La empresa demandada llegó a un acuerdo con ambos trabajadores reconociendo la improcedencia de ambos despidos disciplinarios.

SEXTO.- En fecha 2 de agosto 2016 se intentó sin efecto la previa conciliación entre las partes, habiéndose presentado papeleta de conciliación y demanda judicial en fecha 11 de julio de 2016.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los hechos expuestos se consideran probados a partir de una valoración conjunta y según las reglas de la sana crítica de la totalidad de las pruebas practicadas, al amparo de lo previsto en el artículo 97 de la Ley de la Jurisdicción Social. En este sentido, se valora la documental aportada a los autos, cuyo contenido se da totalmente por reproducido, las manifestaciones efectuadas por el legal representante de la empresa demandada, [REDACTED], de las declaraciones efectuadas por los testigos aportados por cada una de las partes, [REDACTED] (pareja sentimental de la actora), y de los dos investigadores privados aportados por la demandada, [REDACTED] y [REDACTED], así como del visionado del DVD aportado por la demandada.

SEGUNDO.- La parte demandante alega fundamentalmente en su demanda que la [REDACTED] fue despedida por motivos disciplinarios en fecha 17.06.2016, entendiendo que ha existido defectos formales en el modo de operar





el despido, ya que no consta que la demandada haya comunicado a la representación legal de los trabajadores en la empresa la carta de despido, teniendo pleno conocimiento la empresa demandada de la afiliación de la trabajadora demandante al Sindicato de CCOO de Cataluña. Así mismo, sostiene la parte demandante, que el referido despido se ha producido con vulneración de derechos fundamentales destacando en primer lugar, que existen indicios para creer que el cese de la actora ha vulnerado su derecho fundamental a la no discriminación en razón de su adscripción sindical, alegando falta de comunicación a la representación legal de los trabajadores y que en el mandato electoral que concluyó en setiembre 2016, la actora se presentó como candidata en dicho proceso electoral siendo conocedor este hecho la empresa demandada; y en segundo lugar, entiende la actora que existen indicios fundados de haber vulnerado la demandada el derecho fundamental de la trabajadora demandante en razón a su proceso de enfermedad y estado de salud, vulnerando gravemente su dignidad, reclamando una cifra de 37.500 euros por cada uno de las dos vulneraciones de derechos fundamentales. Solicitando de forma subsidiaria la declaración de improcedencia del cese efectuado con las consecuencias legales que se deriven del mismo.

La empresa demandada se opone a la demanda, alegando fundamentalmente en defensa de sus intereses que los hechos expresados en la carta de despido son ciertos y justificativos del despido de la trabajadora demandante.

En cualquier caso, no ha sido discutido por las partes, y por tanto deben

Ley de la Jurisdicción Social, en relación con el artículo 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la demandante inició la prestación de servicios en la empresa demandada, "EDIFICACIONES DEL LITORAL SA" con antigüedad desde el 23.09.2008, en virtud de contrato de trabajo indemnido, con categoría profesional de camarera de pisos, nivel 5, grupo A del convenio colectivo aplicable, del sector de la Industria de Hostelería y Turismo de Catalunya, viniendo realizando desde inicio de relación laboral una prestación servicios de temporada (fija discontinua) a razón del 75% de la jornada, con prestación de





seis horas diarias (de 9:00 horas a 15 horas) con distribución de lunes a domingo, sin haber ostentado la actora la condición de representante legal de los trabajadores.

Un punto de la relación laboral sí que ha sido objeto de contradicción entre las partes litigantes, relativo al salario. Mientras que la actora postula un salario bruto diario de 61,70 euros con inclusión de pagas extras, calculado a razón del salario fijado en convenio colectivo con adición del promedio del último año de retribución variables por cantidad o calidad de trabajo percibidas, la demandada sostuvo que el salario diario bruto era de 45,61 euros al mes, con inclusión de pagas extras, calculado a razón de las nóminas percibidas por la actora en el último año.

El Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre de 2004 ya reiteró que el salario regulador a efectos indemnizatorios debe ser el que se recibe en el momento del despido, además de diferentes conceptos que deben computarse como salario de conformidad con el art. 26 del ET, así debe incluirse en el salario regulador el promedio anual de las pagas extraordinarias, comisiones, los pluses y complementos que se devenguen de manera irregular. Por consiguiente, y de conformidad con dicha doctrina, debe reputarse como valido el salario postulado por la parte actora de 61,70 euros brutos diarios.

TERCERO.- En materia de impugnación de sanciones y como una manifestación en el ámbito laboral del principio constitucional de presunción de inocencia, el art. 114.3 de la LRJS establece que la carga de la prueba de los hechos imputados al trabajador y su entidad corresponden al empresario que hace uso de sus facultades disciplinarias.

Según tiene declarado el Tribunal Supremo, la sanción de despido ha de ser objeto de interpretación restrictiva y su específica naturaleza obliga a llevar a cabo un estudio de todas las circunstancias constitutivas de grave antijuridicidad (SS del TS de 5.5.1983 entre otras), bien entendido que según la llamada doctrina gradualista, creada y aplicada por el Tribunal Supremo de forma reiterada, se han de apreciar las circunstancias concurrentes en cada caso, y

Codi Segur de Verificació: 1KFTQ681FO4FFJ6Y8T52AQIR8K2FLEP

Signat per Marín Bailón, Raquel

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Mitjançant el codi de verificació es pot comprovar la veracitat del document.

Data i hora 01/03/2017 13:19





especialmente la existencia de gravedad y culpabilidad en las faltas imputadas, insistiéndose en que el despido disciplinario exige la prueba plena de una acción u omisión del trabajador que sea grave, culpable y tipificada por la normativa laboral, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo. Y así, según ha declarado el Tribunal Supremo, el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, y aplicado un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (SS. Del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1988 de 28 de febrero de 1990, 6 de abril de 1990, 7 de

mayo 1990, 24 de setiembre de 1990 y 2 de abril de 1992) habiéndose expresado a su vez en la sentencia de nuestro más Alto Tribunal de 4 marzo de 1991 tal obvio principio y el criterio de proporcionalidad en relación al de la buena fe, en cuanto modelo de comportamiento común impuesto a las relaciones laborales por los artículos 5 a) y 20.2 del referido Estatuto, erigido en criterio de valoración de conductas. De forma que si bien la transgresión de la buena fe contractual supone un incumplimiento, ello queda sometido a la exigencia

gradualista que se deriva de la previsión de un plus jurídico, de gravedad y de culpabilidad tipificado en el art. 54.1 del Estatuto de Trabajadores, siendo cuestión empírica el identificar las circunstancias desgravadoras de la reprochabilidad tanto atinentes al elemento subjetivo de la culpabilidad, destacando entre estas la buena fe en su sentido de contraposición a la mala fe (o sea, como ignorancia más o menos excusable, según el art. 433 del código civil o como creencia errónea más o menos vencible, según el art. 1960 del citado Código sustantivo) cuando al elemento objetivo de la gravedad.

De suerte que, con arreglo a dicho criterio, resulta justificado el despido para las conductas que supongan una violación transcendente de la buena fe contractual con lo que no cualquier transgresión de ella, sino solamente la de carácter grave y culpable, es la que tiene entidad bastante para que resulte lícita aquella sanción.





En el presente caso, la empresa demandada centra el despido disciplinario de la trabajadora demandante en la supuesta prolongación de la situación de su baja por IT.

La empresa demandada aportó como medio de prueba principal el visionado de un DVD relativo a la investigación efectuada por dos investigadores privados contratados por la empresa demandada, a fin de observar la actividad diaria de la trabajadora frente a la sospecha de la realización de actividades contrarias a su recuperación. Dicha investigación fue llevada a cabo por los investigadores, [REDACTED] y el [REDACTED], quienes se ratificaron en juicio respecto al informe realizado por ellos y aportado por la demandada como documental nº6. Pues bien, en relación con el visionado de dichos vídeos, y una vez fueron visualizados en presencia de todas las partes, de los dos investigadores y del [REDACTED], la propia actora, [REDACTED], manifestó que únicamente se reconocía en uno de los vídeos, en concreto en que sale paseando junto con su pareja el [REDACTED] y el que sale tendiendo la ropa en la terraza del día 7-06-2016, negando rotundamente que sea ella la que aparece

en el vídeo de fecha 8 de junio en la playa ni 9 de junio ni el 10 de junio, sino que es una vecina suya. Así mismo, el [REDACTED] también manifestó que no era la actora quien aparecía en los vídeos de fecha 8, 9 y 10 de junio sino una vecina, y que el coche verde que aparece en el vídeo de 10 de junio no es de él ni de la [REDACTED], sino de una vecina.

Por su parte, el [REDACTED] declaró que no tenía ninguna duda que fuera la actora quien aparecía en todo el visionado de los vídeos de fechas 7, 8 y 9 de junio, afirmando que la observación se hacía a distancia, de forma discreta y que no habían entablado conversación alguna con la actora. El [REDACTED] manifestó que cree que era la actora quien aparecía en todo el visionado del DVD, y tras exhibirle los documentos nº 31 y nº 32 de la actora, donde se acredita que la [REDACTED] asistió a rehabilitación los días 9 y 10 de junio de 9 a 10:30 horas en la Clínica Polimedic SL, manifestó que a lo mejor se confundieron de señora.

Pues bien, analizada la reproducción del DVD aportado por la demandada, y en relación con las declaraciones testificales, existen ciertas dudas que sea la





trabajadora demandante quien aparece en los vídeos de 8, 9 y 10 de junio, y ello por cuanto, en primer lugar, se cuenta con un documento acreditativo de que la actora se encontraba los días 9 y 10 de junio en rehabilitación de 9 a 10:30 horas, y por consiguiente, y no habiendo discutido la demandada la veracidad de dichos justificantes, los mismos son constitutivos de prueba plena del hecho acreditativo por la actora, de que no era la trabajadora demandante quien sale en los vídeos en dichas fechas, y sin haber aportado la demandada otro medio probatorio que acredite que efectivamente la señora que aparece en los vídeos de fechas 9 y 10 de junio sea la trabajadora demandante, habiendo suficientes indicios de que los investigadores se equivocaran de persona. Toda vez que existen ciertas dudas, pues tal y como sostuvo la actora, la señora que aparece en los vídeos de 8, 9 y 10 de junio es mas corpulenta y grosuda que la [REDACTED], y por consiguiente, debiendo incidir que tal y como sostuviero el [REDACTED] (investigador) no entablaron conversación directa con la trabajadora demandante y que la observación de la misma se hacía a distancia, por lo que resulta fácil que los mismos se hubieran equivocado de señora. Por consiguiente y a juicio de esta jugadora, no ha quedado acreditado con la fuerza probatoria necesaria que la trabajadora demandante sea la señora que aparece en los vídeos de fechas 8, 9 y 10 de junio de 2016.

Por ello, procede declarar que la empresa demandada no ha acreditado con la fuerza probatoria necesaria la realidad de los hechos que se le imputan a la actora en la carta de despido disciplinario. Pues si bien es cierto que la actora unicamente se reconoce en los vídeos donde aparece paseando junto a su pareja actual, [REDACTED] y donde aparece tendiendo la ropa, dichas actividades de la vida cotidiana no pueden acreditar la existencia de una conducta personal por parte de la actora de prolongación de la situación de baja, cuando además dichas actividades de la vida diaria no han sido valoradas por una pericial médica que acredite que concretamente las actividades que realiza la actora (de tender y destender ropa o pasear) son contrarias a su enfermedad y pueden suponer una prolongación de la situación de baja.

CUARTO.- La actora solicita en primer lugar la existencia de defectos formales



Doc. electrònic garantit amb signatura veb per verificar: https://justicia.gencat.cat/AP/consultesCSV.html	4FFJ6Y8T52AQIR2FLEP
Corri Segur de Verificació: 1KFTQ6B1FC	
Signat per: Martín Bailón, Raquel;	
Data i hora: 01/03/2017 13:19	



en el modo de operar el despido por no seguir el régimen convencional que impone un determinado procedimiento sancionador. Pues bien, examinada la documental que obra en las actuaciones y concretamente el documento nº5 aportado por la demandada, se constata que efectivamente la mercantil en fecha 17 de junio de 2016 envió comunicado al Comité de Empresa de la indicada empresa a fin de comunicar el despido disciplinario de la actora, de conformidad con lo previsto en el art. 64 del Estatuto de Trabajadores. El art. 48 del Convenio colectivo aplicable establece en todo caso la necesidad de un delegado sindical en aquellas empresas que tengan más de 125 trabajadores, por consiguiente, y cuando de conformidad con las reglas de la carga de la prueba, le correspondía a la actora probar la existencia de delegado sindical, y a la vista del procedimiento sancionador previsto en el art. 53 del convenio colectivo aplicable, procede determinar que la empresa demandada siguió correctamente el procedimiento sancionador, pues ya comunicó al comité de empresa el despido disciplinario de la actora, y no habiendo acreditado la parte demandante que en la referida mercantil haya constituida sección sindical, procede desestimar el primer motivo alegado por la actora.

QUINTO.- En segundo lugar, la parte actora sostiene que el referido despido debe ser declarado nulo por la vulneración del derecho fundamental de adscripción sindical; y en segundo lugar vulneración del derecho fundamental de dignidad.

En relación con la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, dispone el art. 55.5 del E.T. que "Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador". Y el apartado 6 añade "El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir".

A los efectos señalados, viene declarando la jurisprudencia que cuando se alegue que un despido, formalmente disciplinario, encubre en realidad una extinción de la relación laboral lesiva de los derechos fundamentales del





trabajador, incumbe al empresario probar que tal despido obedece a motivos ~~razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional.~~

Pero, para que opere este desplazamiento al empresario del «onus probandi», no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato y, frente a esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Al efecto, lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímilmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales; es decir, debe tratarse de una causa que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales. No se impone, pues, al empresario la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. En consecuencia, cuando se ventile una vulneración del art. 14 CE, los órganos de la jurisdicción social han de alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria, de modo que pueda estimarse que el despido en todo caso habría tenido lugar verosímilmente por existir causas suficientes, razonables y serias para entender como razonable la decisión empresarial desde la mera perspectiva disciplinaria. El órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputados al trabajador, además de tener una realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador y calificar tales hechos como ajenos a todo propósito discriminatorio.

Pues bien, en relación con la primera vulneración alegada por la parte actora, manifiesta como indicios la falta de comunicación a la representación





legal de los trabajadores y el hecho que en las elecciones electorales que concluyeron en setiembre 2016 la actora ya se presentó como candidata, impidiendo con el despido que la actora tuviera protagonismo en el próximo proceso de renovación de elecciones sindicales. Pues bien, la demandada aportó como documental nº3 la proclamación de las candidaturas de las elecciones sindicales con fecha 20.09.2016, por tanto de fecha posterior al despido de la actora, sin que haya acreditado la actora que la empresa demandada tuviera conocimiento que la trabajadora demandante se fuera a presentar como candidata. Ya que el propio representante legal de la referida mercantil, [REDACTED], manifestó que desconocía si la actora estaba afiliada o no, ni tiene constancia que haya solicitado el descuento por estar afiliado y tampoco tenía conocimiento que la actora se hubiera presentado como candidata a las elecciones pasadas, afirmando que en su empresa no hay sección sindical de CCOO. Por tanto, y siendo el despido anterior a la proclamación de candidatos para elecciones del CCOO, y sin haber aportado más indicios o pruebas que acrediten que la empresa era conocedora de la afiliación de la actora al sindicato de CCOO, no puede prosperar su pretensión de entender que con el despido se vea vulnerado su derecho a adscripción sindical.

En relación con la garantía de indemnidad, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11/11/2013 (Rec. 3285/2012) señala que "el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface ... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza ... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos" (SSTC 14/1993, de 18/Enero, FJ 2 ; ... 125/2008, de 20/Octubre, FJ 3 ; y 92/2009, de 20/Abril, FJ 3 SSTs 17/06/08 -rcud 2862/07 - 24/10/08 -rcud 2463/07 -) y de 5/7/13 (rcud 1683/2012). [...]

Tratándose de tutelar derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria





prevista en el art. 179.2 LPL [«una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas»]. Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS (SSTC 38/1981, de 23/noviembre; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5 ; y 342/2006, de 11/Diciembre , FJ 4. .Y - a título de ejemplo- SSTS 20/01/09 -rcud. 1927/07 -; 29/05/09 -rcud 152/08 -; y 13/11/12 -rcud 3781/11 -). Pero 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 (aparte de muchas otras anteriores, SSTC 92/2008, de 21/Julio, FJ 3 ; 125/2008, de 20/Octubre ; y 2/2009, de 12/Enero , FJ 3. Y SSTS 14/04/11 -rco 164/10 -; 25/06/12 (-rcud 2370/11 -; y 13/11/12 -rcud 3781/11 -). Y presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión

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»".



Pues bien, en relación con esta materia la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en sentencia de 12 de julio del 2006, dictada en Sala General, si bien con un importante voto particular, ha entendido en un supuesto de despido de otro





trabajador de los despedidos por la empresa el mismo día y por la misma causa que el recurrido, que existe nulidad del despido por causa de discriminación.

Cita dicha sentencia las SSTs de 20-01.2001, 23.09.2002, 12.07.2004 y

~~23.05.2005, que han declarado la improcedencia del despido en supuestos de~~
extinción del contrato por causa de enfermedad en base a la distinción entre el principio de la igualdad de trato y la prohibición de la discriminación, de modo que lo que caracteriza a esta última, justificando su especial intensidad y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas- frente al principio de igualdad, que se impone a la Ley y a la aplicación de la Ley- es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de presión o segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales, para terminar entendiendo que la enfermedad no puede recibir la consideración de uno de tales factores. Sigue argumentando la sentencia de la Sala que la doctrina sentada por el tribunal supremo con todo, ofrece unos matices que han de ser también apuntados. La enfermedad a la que se refiere como situación que no puede constituir el citado factor se tiene en cuenta, dirá el alto Tribunal, desde una perspectiva genérica o estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, y la misma podría todavía configurarse como factor de discriminación en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. Entendemos que la decisión de la empresa que ahora se enjuicia ha superado los límites marcados por dichos matices pudiéndose y debiéndose perfilar por ello como una auténtica decisión discriminatoria.... Discriminar es en esta perspectiva y según uno de los sentidos acogidos por el propio Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia dar trato de inferioridad a una persona o colectividad ... la prohibición de la discriminación se perfila y justifica, ha de recordarse como una de las esencias, de los elementos esenciales de los derechos fundamentales a los que da sentido en su conjunto y en la medida en que la actuación discriminatoria rompe la equivalencias lógica del ser humano

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Afegiu web per verificar: https://sedejefi.judicial.cat/afegiu/consultacsv.html Administració de Justícia a Catalunya · Administración de Justicia en Cataluña	Cont. Segur de Verificació: 1KFTQ881FC4FEJ0Y0152VQIR88 Signat per Martí B. Ballón, Raquel;	12FLEP
Data i hora 01/03/2017 13:19		





restringiendo o eliminando los derechos que como tal mantiene y le pueden ser reconocidos.

En el presente caso, y tal y como se hace constar en el propio informe de los investigadores, documental nº6 de la demandada, la empresa ha procedido a realizar una investigación a tres trabajadores que se encontraban en situación de IT, procediendo posteriormente a su despido. Por tanto, dicho hecho debe considerarse como un indicio de la verdadera voluntad de la empresa demandada, que no es otra que escoger a un grupo de trabajadores en situación de baja laboral, y bajo la apariencia que el comportamiento de los mismos supone una prolongación de su baja laboral, sin constancia de otro motivo, y a mayor abundamiento, en el caso de la actora, la que carece de amonestación o sanción alguna por parte de la referida mercantil durante todo el periodo que lleva prestando servicios, y la extinción de sus respectivos contratos de trabajo. Pues no estamos, ante el despido de un trabajador en una empresa que ha valorado negativamente y desde una perspectiva estrictamente económica su situación de baja laboral o de enfermedad sino ante un no insignificante grupo de trabajadores a los que previamente ha seleccionado la empresa y distingue en atención a dicho criterio, y por ello, se entiende que se identifica un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica figura colectiva o / clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad, clase a la que se reduce o niega importantes derechos, incluido el de ocupación, y a la que da en consecuencia, un trato de inferioridad que, a nuestro juicio, debe de encontrarse entre los naturalmente vedados por la prohibición contenida en el art. 14 de la Constitución y las prescripciones de los art. 4 c) y 17 ET.

Por todo ello, y de conformidad con los artículos 53 del Estatuto de Trabajadores, y 122 de la Ley de Jurisdicción Social, procede declarar nulo el despido de trabajador demandante.

SEXTO.- En atención a lo previsto en los artículos 53 y siguientes del Estatuto de





Trabajadores y 122 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Social para el caso en el que se declare nulo el despido, con remisión a normas de despido disciplinario, corresponde la condena de la empresa demandada a readmitir al trabajador, con el abono en este caso por parte de la empresa de los salarios dejados de percibir por el actor, a razón de 15.795,20 euros, una vez sea firme la sentencia, teniendo en cuenta que conforme al artículo 123.2 de la Ley de Jurisdicción Social, de los salarios de tramitación no se podrá reducir los correspondientes al periodo de preaviso.

SEPTIMO.- La parte demandante ejercita también una acción de reclamación de daños y perjuicios, la cual debe ser desestimada, a pesar de haberse admitido su pretensión de nulidad del despido, por falta de datos concretos a partir de los cuales poder determinar la existencia de daños y perjuicios. En este sentido señala por ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que "Por todo lo expuesto, con estimación del recurso, declaramos la nulidad del despido, sin que haya lugar a la fijación de una indemnización adicional por daños morales, solicitada en el siguiente motivo. Como señala la STS 1-12-2009, la solución a la cuestión así planteada no puede ser otra que la establecida en otros recursos por dicha Sala, recogida entre otras en las SSTs de 24-6-2009, 28-7-2009 o 22-10-2009. En todas ellas se parte de la afirmación básica, recogida en las sentencias anteriores que en ellas se citan, de que no es suficiente para reconocer una indemnización que se haya acreditado la infracción de un derecho fundamental, sino que es preciso para que haya condena indemnizatoria que "el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que pueda asentar una condena de tal clase". En definitiva, en cuanto al resarcimiento por daños, partiendo de la posibilidad de reclamar indemnización adicional por la agresión de un derecho fundamental, bien por daños morales, bien por daños materiales, tales daños no están exentos de la carga probatoria que pesa sobre el que alega su existencia,

Codi Segur de Verificació: 1KFTQ681FO4FFJ6Y8T52AQIR0R2FL1EP

Signat per Marlin Bailón, Raquel;

Doc. electrònic garantit on ab signatura-e. Adreça web per verificar: <https://justicia.gub.cat/ap/consultaCSV.html>
Administració de Justícia a Catalunya - Administración de Justicia en Cataluña

Data i hora a 01/03/2017 13:19





tanto en cuanto a su realidad como en cuanto al montante de los daños a compensar. Se necesita, como apunta el Tribunal Supremo, una mínima base fáctica, objetiva, que delimite los perfiles y elementos de la indemnización que se solicita y que se otorga, debiendo darse por el solicitante y por el Juez que concede las pertinentes razones objetivas que avalen y respalden la decisión, objetividad que no está reñida con la necesaria discrecionalidad valorativa de la que el Juez goza en ciertos aspectos. No existiendo en el presente supuesto el sustrato fáctico y objetivo preciso, no es dable indemnización reparadora alguna, no pudiendo estimarse, sin más, que toda lesión de un derecho fundamental genere automáticamente daños morales, no bastando su mera alegación sin prueba alguna de su realidad y veracidad. En la demanda y en el recurso el trabajador alegaba genéricamente unos daños morales sin concretarlos ni demostrarlos, por lo que no queda demostrado otro perjuicio que el de la pérdida del empleo, que ha sido subsanado en la presente sentencia mediante la obligación de abono de los salarios de tramitación y la obligación de readmisión al puesto de trabajo”.

En el presente caso, la actora no ha concretado los daños morales causados a raíz de la decisión empresarial, ni máxime aun los ha demostrado, por lo que el único perjuicio acreditado y probado es el de la pérdida de empleo que será objeto de subsanación mediante la presente resolución con la obligación de abono de los salarios de tramitación y la obligación de readmitir a la trabajadora, no estimándose la reclamación de daños y perjuicios.

OCTAVO.- Por razón de la materia contra la presente sentencia cabe interponer recurso de suplicación (artículos 115.3 y 191 de la LRJS; contra las sentencias dictadas en estos procesos no cabrá recurso alguno, salvo en los casos de sanciones por faltas muy graves, apreciadas judicialmente.).

NOVENO.- Respecto del FOGASA, procede su absolución, sin perjuicio de las responsabilidades legales que en su caso le puedan corresponder.

Es por todo ello que





VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente aplicación

DECIDO

FALLO

~~ESTIMAR la demanda interpuesta por la trabajadora~~
~~.....~~, contra la empresa "EDIFICIONES DEL LITORAL SA", y
DECLARO NULO el despido de la trabajadora demandante de fecha
17.06.2016; CONDENANDO a la empresa demandada a readmitir a la
trabajadora, con el abono por parte de la empresa de los salarios dejados de
percibir por la trabajadora, siendo estos un total de 15.795,20 euros; sin
indemnización de daños y perjuicios a favor del trabajador, teniendo en cuenta
que conforme al artículo 123.2 de la Ley de Jurisdicción Social, de los salarios de
tramitación no se podrá quitar los correspondientes al periodo de preaviso.

El FOGASA, en su condición de responsable legal subsidiario, deberá estar y
pasar por esta declaración.

Contra esta sentencia cabe la interposición de RECURSO DE SUPPLICACION
ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que
deberá anunciarse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la presente
resolución, haciendo al propio tiempo nombramiento de Letrado. Se advierte al
recurrente que no fuera trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del
Régimen Público de Seguridad Social, ni gozase del beneficio de justicia gratuita
en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia
Jurídica Gratuita, que deberá acreditar en el momento de interponerlo el ingreso
de 300 euros en la cuenta corriente número 0441 0000 65 0427 16 de la
entidad Banco Santander, aportando el resguardo acreditativo, así como en el
caso de haber sido condenado en Sentencia al pago de alguna cantidad,
consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad objeto de





condena o formalizar aval bancario por dicha cantidad.

Esta es la sentencia que pronuncia, manda y firma Raquel Martín Bailón , titular del Juzgado Social 1 de Mataró.

Doc. electr. ynt. garantit amb signat JRS-e. Adreça web per verificar: https://ajusticia.gencat.cat/waP/consultacsv.html	Codi Segur de Verificació: 1KFTQ8B1FO IFFJ0Y8T52A0IR8R2FLEP
Data i hora 01/03/2017 13:19	Signat per Martín Bailón, Raquel;

