



Roj: **STSJ PV 2208/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:2208**

Id Cendoj: **48020340012017101424**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2017**

Nº de Recurso: **1183/2017**

Nº de Resolución: **1377/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO DE SUPLICACION Nº : 1183/2017**

**NIG PV 20.04.4-16/000413**

**NIG CGPJ 20030.34.4-2016/0000413**

**SENTENCIA Nº: 1377/2017**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a trece de junio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los lltmos. Sres. **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA y DOÑA ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados, ha pronunciado,**

**EN NOMBRE DEL REY**

**la siguiente,**

**S E N T E N C I A**

En el *Recurso de Suplicación* interpuesto por DOÑA Francisca , contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de *Eibar* , de fecha 10 de Marzo de 2017 , dictada en proceso que versa sobre materia de **DESPIDO (DSP)** , y entablado por la - *hoy también recurrente* -, DOÑA Francisca , frente a la - *Empresa* - "**LID SUPERMERCADOS, S.A.U.**" , siendo - **partes interesadas en el procedimiento** - la **INSPECCION DE TRABAJO DE GIPUZKOA y el MINISTERIO FISCAL** , respectivamente, es Ponente la lltma. Sra. Magistrada **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR** , quien expresa el criterio de la - **SALA** - .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La única instancia del proceso en curso se inició por *Demanda* y terminó por *Sentencia* , cuya relación de *Hechos Probados* , es la siguiente :

1º.-) "Que la demandante presta servicios para la demandada con una antigüedad de 12 de julio de 2010, y una categoría de CAJERA/REPONEDORA que aplica el salario en nómina de AUXILIAR DE CAJA 1ª (convenio alimentación de Gipuzkoa), siendo el salario de cálculo a los efectos de despido el de 65,96 euros diarios con prorrata de pagas extras.

2º.-) Que en octubre de 2014 a propuesta de Jefe de Ventas - Sr. Dionisio - la empresa le traslada de manera temporal y por un tiempo estimado de 4 meses a Mondragón- Arrasate como Adjunta por necesidades organizativas con las siguientes mejoras económicas:

- Plus de desplazamiento de 275,00 € brutos mensuales.



- Complemento de Puesto de Trabajo (CPT).

3º.-) Que las funciones que desempeña son: hacer pedidos de carne, fruta, pan y tienda en general, Gestión de caja fuerte y transacciones con la empresa de seguridad, control de frescura, organización del equipo humano, devoluciones de más de 4,00 € en caja, control de mermas de los productos, barcode chequeo y control de stock de productos "non- food", abrir y cerrar la tienda, activar y desactivar la alarma, o control de arqueo de cajas, entre otras.

4º.-) Que en una ocasión una compañera critica a la demandante delante de los clientes en voz alta y con desaire siendo amonestada por la Jefa de Ventas -Sra. Marí Juana - el día 16 de marzo de 2015.

5º.-) Que ese mismo día la empleada finalizó su jornada a las 14:00 horas y a las 15:00 horas y cuando sale descubre un rayón en su coche, por lo que la Jefa de Ventas -Sra. Marí Juana - le compensa por ello con 200 € mediante nota de gastos.

6º.-) Que posteriormente la Jefe de Ventas le anuncia que se va a incorporar otro Responsable de Tienda de Eibar - Manuel - de forma provisional, y le ofrece regresar a otra tienda de Vitoria, en C. Domingo Beltrán, sin el CPT y a una jornada de 22 horas semanales.

7º.-) Que el 4 de julio de 2015 la demandante sufre un accidente de trabajo, permaneciendo en situación de incapacidad temporal 20 días, con recaída posterior el 16 de septiembre de 2015 hasta marzo de 2016.

8º.-) Que el día 3 de marzo de 2016 se tramita su alta voluntaria por causa de curación.

9º.-) Que la demandante sufre un ataque de ansiedad el día 14 de abril de 2016 cuando, y en medio de su jornada, se la traslada en ambulancia al Hospital de Mondragón.

10º.-) Que la demandante permanece de baja desde el 22 de abril de 2016 hasta el 14 de julio de 2016 con tratamiento psicológico.

11º.-) Que en este período la demandante recibió varias llamadas del Responsable de Tienda -Sr. Jose María -, a su teléfono personal.

12º.-) Que la demandante se reincorpora el día 8 de agosto de 2016 después de un permiso de matrimonio y vacaciones.

13º.-) Que en fecha 14.09.2016 la demandante remite a la empresa e-mail con el siguiente contenido:

*"Buenos días:*

*Soy Francisca , a día de hoy de la tienda 435 Arrasate. Estoy empadronada en Vitoria y comencé mi actividad laboral en Lidl en la tienda de Gamarra en Vitoria. Me ofrecieron cubrir un puesto de adjunta durante un período de 4 meses, mientras se formaba otra persona. Eso ocurrió en noviembre del año 2014 y el periodo era hasta marzo de 2015.*

*Pase a Arrasate en estas fechas con la condición de que se me pagaba el transporte y cobrase como adjunta. Al pasar este período, el puesto quedó cubierto y me ofrecieron dos cosas:*

*- volver a Vitoria de cajera a Domingo Beltrá a 22 horas (mi contrato desde un comienzo en el Lidl ha sido a 35 horas ampliado a día de hoy a 40 horas).*

*- quedarme en Arrasate, me quitaban el plus de transporte y de adjunta pero ejerciendo mis horas de cpt. Decido quedarme en Arrasate porque así seguía mi trayectoria laboral como cpt y no volver a Vitoria a 22 horas por ser un salario más bajo de lo que tenía hasta ahora.*

*Sufrí una baja larga debido a un accidente laboral, del cual aún no estoy curada, y a mi vuelta se habían especulado muchas acusaciones contra mi puesto de trabajo como cpt, del cual no me pude defender. Mi jefe de ventas en su momento tomó la determinación de quitarme el puesto de cpt, quedándome en Arrasate a 40 horas como cajera que es el puesto en el que estoy a día de hoy. Ahora mismo me estoy costeando de mi sueldo el kilometraje de coche, autopista, los gastos y las horas de tu vida social que supone el trasladarme día a día unos 80 km diarios en total.*

*Una de las compañeras del trabajo por quedarse dormida varios días, tener varios roces con ella por no hacer correctamente su trabajo y montar escándalos en el puesto de trabajo mientras ejercía el puesto de encargada en mi turno, decidió rallar mi vehículo entero (de esto tiene constancia el Lidl y se me abonó parte de la cantidad de la reparación, lo cual debo agradecer). Todo esto a raíz de ponerle una amonestación por su comportamiento en su puesto de trabajo diariamente. Esto solo es una de las malas situaciones que tengo en la tienda, y por la que no voy a gusto a mi puesto de trabajo día a día.*

*Lo único que solicito es volver a mi ciudad, a Vitoria lo antes posible.*



*Muchas gracias un saludo espero una respuesta".*

**14º.-)** Que el día 29 de septiembre de 2016 la empresa le realiza una prueba de Test de cobro en caja, con el contenido que obra en autos y que se da por reproducido.

**15º.-)** Que el sábado 29 de octubre de 2016 la empresa comunica a la trabajadora el despido disciplinario con el contenido que obra en autos y que se da por reproducido.

**16º.-)** Que desde el día 8 de abril de 2015 la demandante está siendo tratada de "trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo (DSM IV 309.28 y CIE 43.22).

**17º.-)** Que la demandante no es ni ha sido representante de los trabajadores. Ha sido afiliada a un sindicato en el período de octubre de 2015 a mayo de 2016.

**18º.-)** Que se ha intentado el preceptivo acto de conciliación con resultado Sin Avenencia".

**SEGUNDO** .- La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia, dice :

"Que estimando parcialmente en su petición subsidiaria la demanda interpuesta por Francisca contra "LIDL SUPERMERCADOS, S.A.U." debo declarar y declaro improcedente el despido de la demandante en fecha 29.10.2016 condenando a la empresa a que en el plazo de 5 días a contar desde la notificación de la presente sentencia opte o bien por readmitir a la demandante en su puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que precedieron al despido o bien le indemnice en la cantidad de 14.676,10 euros, debiendo satisfacer en el primero de los casos salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la presente resolución, así como al abono de 56,52 €, más el interés legal de las precitadas cantidades, que en el caso de salarios ascenderá al 10 %, absolviendo a la empresa demandada del resto de los pedimentos en aquella contenidos".

**TERCERO** .- Frente a dicha Resolución se interpuso el Recurso de Suplicación por la - parte demandante -, DOÑA Francisca , que fue impugnado por la - Mercantil demandada -, "LIDL SUPERMERCADOS, S.A.U."

**CUARTO**.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de Recurso de Suplicación , los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 24 de Mayo, fecha en la que se emitió Diligencia de Ordenación , acordando la formación del Rollo correspondiente y la designación de Magistrada-Ponente.

**QUINTO**.- Mediante Providencia fechada el 30 de Mayo, se acordó, - entre otros extremos - que la Votación y Fallo del Recurso se deliberara el siguiente 13 de Junio; lo que se ha llevado a cabo, dictándose Sentencia seguidamente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La instancia ha dictado sentencia en la que ha estimado parcialmente la demanda interpuesta por Dña. Francisca frente a la empresa "LIDL SUPERMERCADOS, S.A.U." ¿ en adelante, "LIDL" -, y ha declarado improcedente el despido operado el 29 de octubre de 2016, condenando a la demandada en las consecuencias legales de esta declaración, con un salario regulador de 65,96 euros/día, así como al abono de 56,52 €, más el interés legal de las precitadas cantidades, que en el caso de salarios ascenderá al 10 %, absolviendo a la empresa demandada del resto de los pedimentos en aquella contenidos, notablemente de la pretensión de nulidad del despido.

Frente a esta sentencia se alza en suplicación Dña. Francisca .

Lo hace con base, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ¿ en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional ( Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero ), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral , entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.



De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

- a .-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;
- b .-) Que el error sea evidente;
- c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;
- d.- ) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,
- e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

Lo dicho hasta ahora ha sido explicitado por constante doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en un buen número de sentencias, de entre las que cabe citar las de 18 de febrero de 2014 ¿ Rec. 108/2013 -, 14 mayo de 2013 ¿Rec. 285/2011 -, y 17 de enero de 2011 - Rec. 75/2010 -.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige ¿como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente ( artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente desplegando veintinueve motivos a este respecto. Motivos que vamos a tratar de sistematizar y dar respuesta a todos ellos agrupados por materias.

**a)** sobre la categoría de la demandante. Pretende se la declare jefa de sucursal en lugar de cajera reponedora ¿motivo primero ¿ en pretensión que está huérfana de toda invocación de medios de prueba, por lo que ha de ser rechazada. A ello debe añadirse que similar pretensión se ha desestimado en la Sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2017 ¿ Rec. 1185/17 -, criterio que es aplicable también en la presente ocasión.

**b)** sobre el salario regulador del despido. En realidad, despliega los motivos nº 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 18 acerca de cantidades que la empresa tenía que haber abonado y no lo ha hecho. Solicita la demandante, a este respecto, se declare que:

- .- la empresa no ha abonado complemento de IT
- .- desde julio de 2016 no se le abona antigüedad
- .- desde marzo de 2016 no se le abona el complemento de puesto de trabajo ¿ en adelante, CPT ¿
- .- que en el abono del CPT no se incluían las pagas extras
- .- que en vacaciones no se abonaba el promedio del CPT
- .- que en marzo de 2015 se dejó de abonar el plus de desplazamiento de 275 euros/mes
- .- que el salario es de 76,82 euros/día o, alternativamente, 89,04 euros/día y 75,93 euros/día
- .- que no cobraba cantidad alguna en concepto de quebranto de moneda y que ello debía ser a razón de 1,57 euros/día
- .- que no se le paga antigüedad desde julio de 2016

La Sala va a estimar todos estos hechos, porque son ciertos y así se desprenden de las nóminas, excepción hecha de la cuantía del salario regulador del despido, todo ello sin perjuicio de la valoración jurídica que luego se haga a los efectos de determinar tal salario regulador.



c) sobre otros hechos relativos al fondo de las causas de despido:

- .- motivo 14: se rechaza por totalmente irrelevante, pues nada aporta el tratamiento médico seguido
- .- motivo 15: ya se ha estimado más arriba que no se ha abonado el CPT desde dicha fecha, por lo que este motivo se rechaza por innecesario
- .- motivo 16: es también irrelevante que hubiera utilizado diez días de vacaciones para su recuperación, lo que, además, no está acreditado en tales términos
- .- motivo 17: igualmente irrelevante que la empresa no hubiera investigado el episodio referido
- .- motivo 18: ya se ha estimado que no ha percibido complemento de IT ni complemento de antigüedad
- .- motivo 19: se rechaza, dado que el Informe de la Psicóloga Sra. María Luisa revela que, al inicio de las consultas, la demandante refirió varios entornos que le generan ansiedad: problemas relacionales ¿ familia y pareja ¿ y problemas laborales
- .- motivo 20: irrelevante, pues nada aporta que se le cayera el cabello, y que sigue basándose en el mismo informe de la Sra. María Luisa
- .- motivo 21: irrelevante que estuviera en vísperas de una operación
- .- motivo 22: no cabe dar por reproducida ninguna prueba en su integridad, pues a los hechos probados únicamente han de acceder aquellos respecto de los cuales la instancia ha obtenido convicción
- .- motivo 23: la causa laboral del tratamiento no puede entenderse acreditada por el informe psicológico de referencia
- .- motivo 24: se rechaza igualmente, esta vez por prejuzgar el fallo y ser cuestión absolutamente jurídica
- .- motivo 25: se rechaza por irrelevante, pues ninguna consecuencia va a tener, ni se basa en ello el recurso, la fecha de su afiliación sindical
- .- motivo 26: se rechaza por igual motivo que el motivo 25
- .- motivo 27: se rechaza en relación con el razonamiento dado para rechazar el motivo 15
- .- motivo 28: se desestima por irrelevante y que, además, el despido se produjo a los 14 días de pedir la excedencia voluntaria
- .- motivo 29: se desestima por prejuzgar el el fallo y ser cuestión absolutamente jurídica

**SEGUNDO.-** El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, " *examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia* ", debiendo entenderse el término "*norma*" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "*normas sustantivas*", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcar también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

**TERCERO.-** Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, desplegando hasta veintisiete motivos, en los que alega, en esencia:

a) en cuanto al salario regulador y la indemnización correspondiente por improcedencia del despido: la infracción de lo dispuesto en el artículo 218.1 LEC, los artículos 12, 16, 18, 19, 52 del Convenio aplicable; STS de 11 de mayo de 1993; art. 7.1 Directiva 2003/88/CE y jurisprudencia; artículos 3.1.c);

b) sobre la categoría profesional: arts. 4.2.e) y 39.3 ET; 10 y 18 CE;

c) sobre las causas del despido y la pretendida calificación de nulidad: artículos 10 y 15 CE, artículo 4.2.d) ET.



Pues bien, el recurso va a ser estimado parcialmente. Lo vamos a estimar en cuanto a la modificación del salario regulador y la indemnización correspondiente.

*El salario regulador* será el de 67,45 euros/día, calculados del siguiente modo: estimamos añadir al salario tomado en cuenta por la instancia, de 24.075,12 euros/año las siguientes cantidades: 399,82 euros en concepto de CPT en vacaciones, por no abono de su promedio, tal como la empresa lo admite en su escrito de impugnación del recurso; 146,31 euros por antigüedad no abonada desde julio de 2016, como también la empresa lo admite.

Por el contrario, no estimamos que se deban incluir otros conceptos reclamados. Así, no procede incluir complemento de IT, pues ya consta que ha percibido el 100%; ni corresponde abonar el CPT a partir de marzo de 2015, pues la demandante aceptó seguir trabajando en Arrasate y no consta que hubiera realizado tareas de las que deducir tal percibo ¿ hecho probado trece -. Tampoco ha de incluirse cantidad alguna por quebranto de moneda, pues nada de ello se solicitó en la demanda. Tampoco corresponde cantidad alguna por desplazamiento desde marzo de 2015, pues así se desprende del email referido en el hecho probado trece.

Finalmente, por las razones que hemos señalado más arriba, y siguiendo la Sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2016 ¿ Rec. 1185/17 -, la categoría a tener en cuenta será la aceptada por la instancia, de cajera-reponedora.

*La indemnización por la improcedencia del despido* va a ascender a la suma de 15.378,60 euros: 4.851,81 hasta el 11 de febrero de 2012 y 10.572,79 desde dicha fecha.

**CUARTO.-** La pretensión de nulidad del despido va a ser rechazada. En efecto, partimos de los siguientes hechos acreditados y no modificados por la Sala: la demandante presta servicios para la demandada desde julio de 2010, con categoría de cajera reponedora, siendo aplicable el Convenio de Alimentación de Gipuzkoa; en octubre de 2014 la empresa le traslada de manera temporal a Mondragón-Arrasate como Adjunta por necesidades organizativas con las siguientes mejoras económicas: Plus de desplazamiento de 275,00 euros brutos mensuales y un Complemento de Puesto de Trabajo ¿ CPT -; en marzo de 2015, un día, una compañera critica a la demandante delante de los clientes en voz alta y con desaire siendo amonestada por la Jefa de Ventas y ese mismo día la empleada finalizó su jornada a las 14:00 horas y a las 15:00 horas y cuando sale descubre un rayón en su coche, por lo que la Jefa de Ventas le compensó con 200 euros; posteriormente, la Jefa de Ventas le anuncia que se va a incorporar otro Responsable de Tienda de Eibar y le ofrece regresar a otra tienda de Vitoria, sin el CPT y a una jornada de 22 horas semanales; el 4 de julio de 2015 la demandante sufre un accidente de trabajo, permaneciendo en situación de IT 20 días, con recaída posterior el 16 de septiembre de 2015 hasta marzo de 2016; el 3 de marzo de 2016 se tramita su alta voluntaria por causa de curación; la demandante sufre un ataque de ansiedad el día 14 de abril de 2016 en medio de su jornada y se la traslada en ambulancia al Hospital, permaneciendo en IT hasta el 14 de julio en tratamiento psicológico; en este período la demandante recibió varias llamadas del Responsable de Tienda a su teléfono personal; la demandante se reincorpora el día 8 de agosto de 2016 después de un permiso de matrimonio y vacaciones; el 14.09.2016 la demandante remite a la empresa e-mail con el contenido obrante al hecho decimotercero de la Sentencia; el 29 de septiembre de 2016 la empresa le realiza una prueba de Test de cobro en caja, resultando con diversos fallos; el 29 de octubre de 2016 la empresa comunica a la trabajadora el despido disciplinario; desde el 8 de abril de 2015 la demandante está siendo tratada de "trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo; la demandante está afiliada a un sindicato.

De los hechos indicados no cabe inferir indicios de vulneración de los derechos fundamentales invocados por la demandante, a saber: situación de incapacidad temporal en relación con los artículos 10 y 15 CE y garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE .

Veamos cada una de las pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales.

*Respecto de la situación de IT y la vulneración de la dignidad y la integridad física* , constan las indicadas situaciones de incapacidad, en los términos reseñados, sin que conste el diagnóstico de la situación de IT por accidente de trabajo en la que estuvo desde el 4 de julio de 2015 por 20 días con recaída el 16 de septiembre hasta marzo de 2016, pero debiendo entenderse, en todo caso, que se ha producido su curación, pues el 3 de marzo se tramitó su alta voluntaria por tal motivo. Por otra parte, consta otro período de IT desde el 22 de abril hasta el 14 de julio de 2016, sin que se haya reproducido situación similar con posterioridad y no hallándose la demandante en tal situación al momento de su despido.

La cuestión de la calificación del despido en situación de IT ha sido muy abordado por la doctrina judicial, que lo ha venido calificando de improcedente y no nulo, por entender que no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que recoge el artículo 14 CE , aunque puede haber casos particulares en que la conclusión sea distinta. Con carácter general, puede afirmarse que la doctrina jurisprudencial ha señalado que, incluso aunque la causa simulada ocultara la verdadera causa subyacente de la existencia de la enfermedad y la situación de



incapacidad temporal, el despido sería improcedente ¿ por todas, las SSTs de 22 de noviembre de 2007 , Rcu. 3907/06, de 11 de diciembre de 2007 , Rcu. 4355/06, de 18 de diciembre de 2007 , Rcu. 4194/06 , así como la consideración de no ser discriminatorio en sí mismo - STC 62/2008, de 26 de mayo -. Y ello, a diferencia del supuesto en que el despido se produce como reacción a una amenaza para obligar a la persona trabajadora a reincorporarse al trabajo, abandonando el tratamiento médico prescrito, pues ello supone un riesgo para la salud y, por ello, una conducta directamente lesiva del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE ¿ STS de 31 de enero de 2011 -.

Ahora bien, hemos también de traer a colación la STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15 , Caso **Daouidi**, en la que el Tribunal respondía a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona. Cuestión que consistía en cuestionar si entraría en el concepto de "discriminación directa por discapacidad", como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1 , 2 y 3 de la Directiva 2000/78 , la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta entonces bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal de duración incierta por causa de un accidente. Resumidamente expresado, el TJUE responde con base en el concepto de "discapacidad" de la Convención de la ONU, en cuanto a limitación a largo plazo o de larga duración, carácter que no cabe excluir por la temporalidad de la incapacidad, sino que ha de analizarse respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido, tomando como indicios de que la limitación es duradera el que la incapacidad no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona. Concluye el TJUE que, si se aprecia que la limitación de capacidad es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad es contrario a la protección que brinda la Directiva 2000/78 y constituye la discriminación de su artículo 2.1 .

Pues bien, con base en toda esa doctrina, el recurso va a ser desestimado. En efecto, aunque se concluyera que han sido estas situaciones de IT en que se ha hallado la demandante en los términos indicados más arriba ¿ lo que sólo se admite ahora a estos meros efectos dialécticos -, lo cierto es que la calificación que el despido merecería, como acertadamente ha decidido la instancia, no sería la de la nulidad pretendida, sino la de la improcedencia, incluso aunque la causa simulada ocultara la verdadera de enfermedad y baja, tal como más arriba hemos expresado al relatar la doctrina judicial ordinaria y constitucional. Doctrina que, en el concreto caso que nos ocupa, no puede ser alterada por la STJUE de 1 de diciembre de 2016, que acabamos de reseñar, dado que, en el caso presente, ningún dato consta acerca del carácter "duradero" de la limitación de la capacidad de la demandante, ni siquiera de manera meramente previsible. Ello impide considerar una situación de "discapacidad", en el sentido antedicho, que podría dar lugar a una consideración de discriminación, por lo que el despido ha sido correctamente calificado como improcedente.

**QUINTO.-** Respecto a la pretendida vulneración de la garantía de indemnidad , lo cierto es que no nos constan elementos.

Alegada que ha sido tanto en la instancia como en el recurso la vulneración del artículo 24.2 CE , en su vertiente de garantía de indemnidad, hemos de analizar esta cuestión. El Tribunal Constitucional en diversas sentencias ¿ a destacar las Sentencias 140/1.999 , 168/99 , 101/2000 , 198/2001 , 55/04 , 38/05 , 120/06 , 138/06 , 125/2008 , 92/2009 , 76/2010 , 6/2011 , 10/2011 - reproduciendo en todas ellas prácticamente la misma doctrina jurisprudencial - determina el contenido del derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva, señalando desde el primer momento de su fundamentación jurídica que el artículo 24 CE otorga una garantía de indemnidad a su titular, garantía que puede oponerse frente a cualquier acto represivo de los poderes empresariales y recordando que " *la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario* ". Tiene su origen esta doctrina, como el propio Tribunal señala, en su Sentencia 7/1.993, en cuyo tercer fundamento jurídico se manifiesta que " *si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción de las demandadas por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de la sanción sería la de radicalmente nula*", fundando su afirmación incluso en el artículo 5-c) del Convenio nº 158 de la OIT (ratificado por España y publicado en el BOE de 29 de junio de 1.985), precepto que cita el TC al decir que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo " *el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes* ".

Aborda también el TC en las sentencias de referencia el problema de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales, para lo que recuerda su propia doctrina desde la STC 38/1.981 , en el sentido de que " *cuando se alegue que una decisión empresarial encubre*



en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Si bien, para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales ( SSTC 87/1.998 y 74/1.998 , y las allí citadas). Es decir, no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional. Al demandante corresponde aportar, cuando alegue que un acto empresarial ha lesionado sus derechos fundamentales, un indicio razonable de que tal lesión se ha producido, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en el caso, el motivo oculto de aquel acto ( SSTC 90/1997 , 74/1998 , 87/1998 )... ", a lo que añade, como conclusión de lo antedicho, que " alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, sobre la parte demandada recae la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión ( STC 21/1.992 ). Ciertamente, no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales ( STC 266/1.993 , fundamento jurídico 2º), pero sí recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste simplemente el intentarlo ( STC 114/1.989 , fundamento jurídico 6º), que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para moverle a adoptar la decisión enjuiciada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante ( STC 74/1.998 , fundamento jurídico 2º) " .

En otras palabras, se trata para el órgano judicial, de descubrir el nexo entre la decisión empresarial impugnada, perjudicial para el trabajador, y el hecho de haber ejercitado aquél su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que normalmente la medida empresarial que se reputa atentoria contra aquella garantía mantiene una apariencia de justificación con base en motivos distintos. Por ello, el TC señala la existencia de una causa real seria y suficiente para la adopción de la decisión empresarial analizada como la única posibilidad de que el órgano judicial resuelva la cuestión haciendo un simple examen de legalidad, abandonando el debate de constitucionalidad o rechazando éste.

Más concretamente, la antes citada STC 138/06, de 8 de mayo , argumentaba más extensamente acerca de la inversión probatoria, del siguiente modo: " La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental ( STC 38/1981, de 23 de noviembre , FFJJ 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental ( STC 38/1986, de 21 de marzo , FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5 , y 85/1995, de 6 de junio , FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria ( STC 114/1989, de 22 de junio , FJ 4)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador ( SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3 , y 136/1996, de 23 de julio , FJ 6, por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental ( SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4 ; 136/1996, de 23 de julio , FJ 4).

En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios ( SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5 , y 29/2002, de 11 de febrero , FJ 3, por todas) " .

Por su parte, la jurisprudencia ordinaria también ha abordado la cuestión que ahora nos ocupa, pudiendo citarse al respecto, por todas, la STS de 4 de marzo de 2013 ¿ Rcd. 928/12 -, en la que se razonó como sigue: "(¿) 4.- Significa lo anterior que en el caso de autos está perfectamente acreditado el indicio de represalia que justifica la pretendida garantía de indemnidad, porque no solamente consta que el cese -por no renovación- se hace como





respuesta inmediata a una reclamación en cuanto a la naturaleza jurídica - indefinida- del vínculo que unía a ambas partes, sino que también se hace con toda la apariencia de estar plenamente justificada la pretensión, al estar viciados y presentarse privados de eficacia los dos contratos temporales suscritos [el de acumulación de tareas, por falta del menor dato identificativos de la causa de eventualidad; y el de obra o servicio determinado, por exceso -respecto del contrato- en el ejercicio de las funciones realizadas y por fijarse un término desvinculado a la finalización de la obra o servicio]. Y frente a tan claro indicio, la Administración demandada se limita a invocar -como justificación del cese- la llegada del término pactado en el último contrato, pero sin tan siquiera pretender que había finalizado la obra o servicio contratado, que es lo que ciertamente justificaría la medida extintiva adoptada; es más, en la referida STS 29/01/13 [rcud 349/12 ] consta que la actividad de la allí demandante - con funciones idénticas a las de autos y realizadas simultáneamente a ellas- «se continuó efectuando por otros empleados, asumiendo los expedientes que la demandante dejó en curso al extinguirse la relación contractual». Y aparte de esa finalización del plazo pactado, también se argumenta: **a)** la escasa separación temporal que media entre la reclamación de cualidad indefinida y la notificación del cese [19 días], incompatible -a lo que parece argumentarse- con el lento actuar de la Administración; planteamiento cuya inconsistencia y trivialidad lo descalifican por sí mismo; y **b)** el hecho de que la demandante no fue la única cesada de entre los Trabajadores sociales contratados en idénticas circunstancias; pero del único que tenemos noticias es precisamente de quien - como la actora- también había reclamado cualidad indefinida para su contrato, y que justamente por ello ha obtenido sentencia favorable y declaratoria de la nulidad de su despido.

Ciertamente que el cometido tutorial atribuido a la actora [lo mismo que a la accionante en el supuesto de la tan citada STS 29/01/13 ] pudiera resultar indicativo de que la decisión sobre su cese ya se había tomado con anterioridad a su reclamación [se les encargaría formar a quienes habrían de sustituirles]; pero al efecto nada se ha afirmado por la demandada y -en consecuencia- ninguna deducción es legítimamente deducible de tal dato, fuera de que se trató de una actividad situada extramuros del contrato y por ello hasta cierto punto desvirtuadora de la natural eficacia del mismo. (¿)".

La demandante indica que pidió el día 15 de octubre de 2016 una excedencia voluntaria y que no se le ha respondido. Alegación irrelevante a estos efectos, pues según la propia actora indica, el Convenio de aplicación prevé que la empresa ha de responder a la petición de excedencia en un máximo de 20 días, siendo así que en el caso presente se produjo el despido el día 29 de octubre siguiente, esto es, 14 días después de tal petición, por lo que la empresa no ha incumplido norma alguna por no dar respuesta a su solicitud.

Por otra parte, invoca también la demandante que el despido sería represalia a su petición de traslado ¿ hecho probado decimotercero -, pero ello ha de ser desestimado, ya que esta petición se produjo el 14 de septiembre de 2016, por lo que la conexión temporal no es inmediata, sin que exista nexo alguno entre esta petición de la trabajadora y la decisión empresarial y sin que conste el ejercicio de acción judicial o actividad preprocesal o similar por parte de la trabajadora ni consta tampoco relación alguna de la decisión empresarial con la afiliación sindical de la demandante.

Por el contrario, consta que se ha realizado un test de aptitud a la demandante, en el que resultaron diversos fallos, pese a que los mismos no tuvieran la entidad pretendida por la empresa demandada, de justificar el despido disciplinario, razón por la que el despido ha sido calificado de improcedente.

**SEXTO.-** No procede hacer declaración sobre costas, por haber vencido, siquiera parcialmente, la parte recurrente ( artículo 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ).

## FALLAMOS

Que estimamos en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA Francisca , frente a la Sentencia de 10 de Marzo de 2017 del Juzgado de lo Social de Eibar , en autos nº 411/16, revocando la misma en el sentido de fijar la indemnización por la improcedencia del despido en la suma de 15.378,60 euros, en lugar de la de 14.676,10 euros fijada por la instancia, y determinando el salario regulador en la suma de 67,45 euros/día, confirmando el resto de los pronunciamientos.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/



**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la Iltrma. Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

**ADVERTENCIAS LEGALES .-**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

**A)** Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1183-17.

**B)** Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000- 66-1183-17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.