



Roj: **STSJ AS 347/2017 - ECLI:ES:TSJAS:2017:347**

Id Cendoj: **33044340012017100241**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2017**

Nº de Recurso: **3051/2016**

Nº de Resolución: **263/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00263/2017

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33024 44 4 2016 0002161

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0003051 /2016

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000510 /2016

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

RECURRENTE/S D/ña María Dolores

ABOGADO/A: ADRIAN MARTINEZ ALCONADA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Isaac , Delia , MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A: FELIX ROMERO OSORO

PROCURADOR: JOSE MARIA DIAZ LOPEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

Sentencia nº 263/17

En OVIEDO, a catorce de febrero de dos mil diecisiete.

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

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003051 /2016, formalizado por el LETRADO D. ADRIAN MARTINEZ ALCONADA, en nombre y representación de María Dolores , contra la sentencia número 602/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de GIJON en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000510 /2016, seguidos a instancia de María Dolores frente a Isaac , Delia , MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a María Dolores presentó demanda contra Isaac , Delia , MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 602/2016, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis .

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

1º.- La demandante, Doña María Dolores , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , ha prestado servicios para Delia en virtud de contrato de trabajo indefinido a jornada completa desde el 1 de septiembre de 2014, con la categoría profesional de oficial de peluquería. El centro de trabajo era el establecimiento de peluquería denominado "Neny Style Peluquería Unisex", sito en la calle Donato Argüelles, 2 bajo de Gijón. La relación concluyó el 30 de junio de 2015.

2º.- El 10 de julio de 2015, la actora firmó un contrato de trabajo temporal, eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial (20 horas semanales) para prestar servicios como oficial de peluquería para Isaac . El centro de trabajo era el establecimiento de peluquería denominado "ALEJANDRA TORRES", sito en la calle Donato Argüelles, 2 bajo de Gijón. La relación se extinguió el 15 de octubre de 2015.

3º.- Suscribió la actora un nuevo contrato el 4 de noviembre de 2016 con Isaac , temporal eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial (30 horas semanales) para la prestación de servicios como oficial de peluquería, en el establecimiento "ALEJANDRA TORRES", con duración prevista hasta el 3 de febrero de 2016. Este contrato fue prorrogado por 3 meses, hasta el 3 de agosto de 2016.

4º.- El 3 de agosto de 2016 se comunica a la actora el fin de contrato con fecha de efectos al mismo día.

5º.- La demandante se encontraba en estado de gestación, siendo la fecha de la última menstruación el 1 de febrero de 2016. La data del parto esta prevista para el 7 de noviembre del corriente.

6º.- El empresario Isaac tiene suscrito concierto de cobertura de contingencias profesionales con ASEPEYO, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, nº 61.

7º.- El 11 de julio de 2016 la mutua ASEPEYO acuerda aprobar el abono del subsidio por riesgo durante el embarazo que, con motivo de la extinción del contrato de trabajo, se extingue el 4 de agosto de 2016.

8º.- La actora no ha desempeñado en el último año cargo alguno de representación sindical o de los trabajadores.

9º.- Disciplina la relación el Convenio Colectivo del Sector de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de marzo de 2015.

10º.- Doña Delia y D. Isaac conviven como pareja sentimental, teniendo una hija en común.

11º.- Los locales en los que tuvo su sede la peluquería "" y en el que se desarrolla la actividad la peluquería "ALEJANDRA TORRES", aunque ubicados en el mismo número de la calle Donato Argüelles, son diferentes. Por el primero se abonaba la cantidad de 1.625 euros y, por el segundo, la cantidad de 700 euros mensuales.

12º.- El 1 de enero de 2016 el Sr. Isaac ingresó en el hospital de Cabueñes con dolor torácico, diagnosticándosele una miopericarditis aguda no complicada, con recomendación de reposo durante un mes y progresiva recuperación de la actividad habitual pasado dicho plazo.



13º.- Desde el inicio de la actividad, para Isaac como empresario individual han prestado servicios la actora, en los periodos indicados, su pareja, Doña Delia , desde el 2 de julio de 2015 y otras tres trabajadoras. Una de ellas por un espacio de tres días en julio de 2016, otra un día en abril de 2016 y una tercera catorce días en julio de 2015. A fecha de 7 de octubre de 2016 sólo figura dada de alta Doña Delia

14º.- El 5 de mayo de 2016 tuvo lugar acto de conciliación ante la UMAC de Gijón, respecto de la papeleta presentada el 25 de abril, con el resultado de "sin avenencia".

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"**DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por Doña María Dolores , contra Delia Y Isaac , absolviendo a los demandados de las pretensiones en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por María Dolores formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 27 de diciembre de 2016.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 2 de febrero de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Interpone la parte actora recurso de suplicación contra la Sentencia de instancia, desestimatoria de las pretensiones deducidas en su demanda, en el que interesa la revisión del relato fáctico de aquélla, con adecuado encaje en el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , y denuncia la infracción de normas sustantivas y/o de la jurisprudencia, al amparo de la letra c) de dicho precepto. El recurso es impugnado por el empresario individual co-demandado.

Respecto de aquél primer motivo debe de recordarse que es doctrina consolidada, cuya reiteración excusa su pormenorizada cita, la que declara que para evitar que la discrecionalidad jurisdiccional se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia, éste debe de adecuarse a la observancia de determinados requisitos, a saber:

1º) La revisión de la versión histórica de una Sentencia no permite ni faculta al Tribunal ad quem a efectuar nueva valoración global y conjunta de la totalidad de la prueba practicada, sino que la misma se limita y debe operar sólo sobre la invocada en el escrito de formalización, documental y/o pericial, que además debe de ser patentemente demostrativa del error de hecho denunciado.

2º) No cabe admitir la variación fáctica de aquélla amparada en las mismas pruebas que han servido para su fundamento puesto que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Magistrado a quo por un juicio valorativo personal y subjetivo del recurrente, parte interesada en el proceso.

3º) En el supuesto de medios de prueba contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones opuestas e incompatibles, debe de prevalecer la solución fáctica adoptada por el Juzgador de instancia a quien corresponde, en el uso de las facultades a él conferidas en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , valorar de entre el material probatorio practicado el que considere más atinado objetivamente o de superior valor científico, siempre que su libre apreciación sea razonable.

Sólo la conjunta concurrencia de los presupuestos reseñados permitirá, en su caso, la prosperabilidad del motivo de suplicación analizado, lo que es predicable en el supuesto que nos ocupa de parte de las dos primeras variaciones fácticas propuestas, detalladas en el escrito de formalización y sustentadas, respectivamente, en los documentos que figuran en las actuaciones acotados a los folios 165 y 172, y 168 a 172 y 181, medio probatorio al que el ya citado artículo 193 b) otorga validez y eficacia al fin pretendido. Así las cosas en el Hecho Probado Segundo de la Resolución impugnada ha de constatarse que la fecha de celebración del contrato de trabajo allí especificado es el día "16 de Julio de 2015", así como que las circunstancias de la producción a las que obedece el mismo son el "inicio de actividad".

Igualmente en el ordinal Tercero ha de modificarse la fecha de celebración del contrato, que se fija en el día "4 de Noviembre de 2015", y las circunstancias de la producción causa del mismo, "acumulación de tareas por nueva temporada", debiendo añadirse que el salario diario bruto a percibir por la actora asciende a 25,43 euros.

Contraria suerte, por tanto desestimatoria, ha de seguir la otra adición fáctica interesada, amparada en los documentos obrantes a los folios 184 y 185, cuyos contenidos no revelan per se el exigido y ya reseñado error patente y claro del Juzgador a quo en su apreciación, ya que carecen de una eficacia radicalmente



excluyente, contundente e incuestionable pues la equivocación denunciada no emana por sí misma de ellos de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Noviembre de 1998). La recurrente se limita a otorgar mayor valor a los documentos con los que pretende la revisión que a los tenidos en cuenta en la Sentencia, olvidando que el Magistrado ha valorado ya aquéllos junto con el restante material probatorio al que ha decidido otorgar, tras verificar el oportuno juicio de razonabilidad, más eficacia y credibilidad, debiendo asumirse la convicción por él así alcanzada al no evidenciarse error en las pruebas documentales o periciales, no comportando esto ni la aceptación de una absoluta soberanía en la apreciación de la prueba ni la admisión de su libertad plena para seguir o guiarse por meras conjeturas o impresiones, pues el artículo 24.2 de la Constitución exige en este punto una deducción lógica partiendo de datos fijados con certeza y obtenidos de modo racional.

SEGUNDO.- En el apartado reservado a infracciones jurídicas se denuncia la vulneración de los artículos 4.2 c), 15.1 b), 17 , 44 , 51 , 52 , 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , 3.2 del Real decreto 2.720/1998, de 18 de Diciembre , 8 , 11 , 12 , 39.2 , 40 , 41 y 46 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto , 32 del Convenio Colectivo de aplicación , y 9.2 , 14 35.1 y 39.1 de la Constitución , así como de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de Enero de 2011, de la Directiva Comunitaria 2001/23 y el artículo 2 de la 76/207, y de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Septiembre de 2002 y en la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana la cual, sabido es, no puede servir de base o apoyo para evidenciar la infracción de la jurisprudencia en un recurso extraordinario cual es de suplicación, pues la misma, como fuente complementaria del ordenamiento jurídico, la constituye solo la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (artículo 1.6 del Código Civil), así como la interpretación que de los preceptos constitucionales resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (precepto 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Sostiene primeramente la recurrente la existencia de un fenómeno de sucesión empresarial.

Con la expresión «cambios no transparentes de empresario» (Camps Ruiz, Derecho del Trabajo) se hace referencia a aquellos que tienen lugar por factores o circunstancias de facto, advertibles a través de datos o indicios tales como el mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial que ponen de manifiesto la existencia de un tracto directo entre las dos empresas (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1995 [RJ 1995\5623], 3 de marzo [RJ 1997\1626], 28 de octubre [RJ 1997 \7085] y 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8558]). Lo característico de estas situaciones es que ese tracto directo o conexión entre los sucesivos titulares no es fácilmente identificable, a diferencia de los cambios transparentes, en los que externamente se produce un negocio jurídico que lo opera, pero sí reconocible o reconstruible a partir de indicios que permiten considerar que se está en presencia de una misma empresa que continua su actividad a cargo de un titular distinto (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1987 [RJ 1987\767]). Un supuesto típico viene constituido por la desaparición de una empresa y la aparición sucesiva de otra, formalmente diferente, pero dedicada a la misma o similar actividad, instalada en los mismos locales o utilizando la misma maquinaria, empleando a todos o a buena parte de los trabajadores de la anterior, sirviéndose de los mismos proveedores y a los mismos clientes, con coincidencias significativas de su personal directivo o en los detentadores de la propiedad de una u otra empresa. Son estos elementos los que, aun sin estar presentes íntegramente en cada caso concreto, pueden llevar a concluir que existe una continuidad en la identidad empresarial que ha tratado de ocultarse fraudulentamente, con titulares formalmente distintos y sin haberse exteriorizado el concreto mecanismo de transmisión de la empresa de uno a otro titular (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1997 [RJ 1997\6573]), debiendo aplicarse en estos casos el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .

No se ha probado en el caso que nos ocupa la concurrencia de los presupuestos exigidos para la existencia de sucesión de empresas. No consta haberse transmitido elemento material ni patrimonial alguno necesario para el ejercicio inmediato de la actividad mercantil, ni que el nuevo empresario haya incluido en su plantilla trabajadores procedentes de la anterior empleadora (al margen de la propia accionante), ni, en definitiva, que haya elemento alguno que sea determinante y obligue a la subrogación empresarial.

La conclusión que antecede la plasma el Magistrado a quo en el Fundamento de Derecho Tercero de su Sentencia tras valorar el interrogatorio del empleador, constatando, con indudable valor de hecho probado, que "no nos encontramos ante el traspaso de una unidad productiva susceptible de explotación unitaria, porque no ha habido transmisión. Se ha producido el cese de un negocio y, bajo otras premisas y circunstancias, el comienzo de otra actividad".

TERCERO.- Se invoca en segundo lugar en el recurso el fraude en la contratación.



El relato fáctico de la Resolución impugnada (Hecho Probado Primero) constata que la demandante suscribió con el empleador demandado en fecha 16 de Julio de 2015 un contrato de trabajo temporal a tiempo parcial, veinte horas semanales, de tres meses de duración bajo la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, consistentes en inicio de actividad, asumiendo la categoría profesional de peluquera.

Conforme recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Septiembre de 2002, citada en el recurso, si bien dictada en relación a contratos de obra, los puestos de trabajo que se crean con motivo de la apertura de un nuevo centro de trabajo no son distintos de los habituales de la empresa, ni tienen una vocación de temporalidad. El apartado d) del precepto 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, que permitía la modalidad contractual por "lanzamiento de una nueva actividad", desapareció a raíz de la promulgación del Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de Mayo, cuyo artículo primero Cuatro dio nueva redacción a aquél precepto suprimiendo la precitada modalidad de contrato. Desde entonces no existe en nuestro ordenamiento jurídico la figura del contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad.

Una doctrina jurisprudencial reiterada viene señalando que para que un contrato sea verdaderamente temporal o de duración determinada no basta, en absoluto, con la expresión en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone. Ello determina que sólo pueden concertarse como temporales los contratos previstos por el legislador y los que los agentes sociales puedan pactar, a los distintos niveles, si bien únicamente en los campos que aquél legislador haya fijado expresamente.

Así las cosas, el contrato de trabajo por "inicio de actividad" del que surge la relación laboral en el caso enjuiciado carecía desde su origen de causa de temporalidad.

A lo dicho cabe añadir que no se ha articulado prueba alguna acreditativa de que ésa actividad iniciada hubiera finalizado el 4 de Noviembre de 2015, fecha de suscripción del segundo contrato. En el clausulado específico de éste, también eventual por circunstancias de la producción, se definen las mismas como "acumulación de tareas por nueva temporada", fórmula gramatical que omite la correcta concreción y determinación del objeto y resulta a todas luces insuficiente dado que nos hallamos ante un contrato de trabajo instrumentado bajo la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, vulnerando el mandato contenido en el artículo 3.2º a) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de Diciembre, que exige la identificación con precisión y claridad de la causa o circunstancia que lo justifica, y ello fundamentalmente porque la naturaleza causal de esta modalidad contractual determina que no pueda celebrarse por cualquier motivo sino únicamente cuando exista causa justificativa de la eventualidad y la misma se haya plasmado con el detalle indicado en el contrato, no cumpliéndose esta obligación normativa con el empleo de fórmulas vagas, genéricas y poco expresivas en las que no conste una relación suficiente de las circunstancias concretas que implican la acumulación de tareas y el aumento de la demanda de trabajo, pues impiden conocer, como en el caso que nos ocupa, si tal contratación obedecía realmente a la causa limitativa de temporalidad que la caracteriza esencialmente. Esa falta de concreción o bien implica una irregularidad relevante y comporta la inobservancia del correcto cumplimiento de la forma escrita requerida en los artículos 8.2º párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores y 6.1 de aquel primer citado Real Decreto, haciendo entrar en juego la presunción iuris tantum de indefinición que recogen el antedicho artículo 8.2º párrafo segundo y el 9.1º del segundo texto normativo, o bien genera la nulidad de la cláusula de temporalidad incorporada al contrato, conservando validez el resto de sus estipulaciones (precepto 9.1º del E.T.), debiendo ser el mismo completado con la normativa jurídica oportuna.

Ahora bien, los defectos formales en la redacción del contrato no convierten siempre inevitable y fatalmente la relación laboral en indefinida, sino que simplemente establecen una presunción «iuris tantum» de indefinición que puede ser desvirtuada mediante actividad probatoria de la empresa acreditativa de que efectivamente concurren esas especiales circunstancias que sirven de causa legítima a la contratación eventual.

No es ésta la situación predicable del caso que nos ocupa, primero porque el empleador demandado no ha articulado prueba fehacientemente reveladora de qué circunstancias de la producción han justificado la contratación analizada, siendo dicha parte la que venía obligada a demostrar que podía acudir a ésta acreditando datos que permitieran afirmar que en el momento de contratar a la accionante existía una situación real de acumulación de tareas y/o exceso de actividad en su negocio de peluquería de carácter coyuntural y sin visos de permanencia, y segundo porque no cabe presumir sin más de la propia naturaleza de la actividad desarrollada por la trabajadora el carácter temporal de la misma.

La ausencia de otros elementos de juicio difícilmente permite justificar que la contratación de la demandante traía causa de la necesidad de atender puntuales y episódicos aumentos de la actividad del empresario, inopinadamente incrementada de forma transitoria y coincidente con el período de su contratación. Ésa misma



falta de prueba determina, por contra, que ésta aparezca racionalmente asociada a su participación en la actividad ordinaria de la empresa.

TERCERO.- Lo hasta aquí razonado permite afirmar que se han superado sobradamente los contornos de la mera irregularidad formal y ponen de manifiesto no solo la realidad de una utilización desviada y fraudulenta de las modalidades de contratación temporal celebradas, pudiéndose razonablemente deducir de todo ello que la finalidad perseguida por el empresario con dichas contrataciones tan sólo pretendía exteriorizar una simple apariencia para lograr los beneficios a él concedidos legalmente y que sirviéndose de las mismas consiguió una irregular limitación temporal de la prestación de servicios, encontrando tal proceder cabida en la noción de fraude de Ley en cuanto conducta con apariencia de legalidad que posibilita, al amparo de una norma vigente de cobertura, obtener un resultado no querido ni pretendido por ésta (art. 6.4º del Código Civil) y hace que los dos contratos de trabajo eventuales por circunstancias de la producción celebrados adquieran la condición de indefinidos (arts. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.3º del ya referido Real Decreto 2720/1998).

Partiendo de la realidad indicada y por tanto de la existencia de una relación laboral de carácter indefinido, la privación unilateral de la condición de trabajadora y de los derechos que en ella se integran, adquiridos por la demandante, verificado por el empresario demandado que procedió sin causa legítima a su cese, merece en principio la calificación de despido improcedente que contemplan los artículos 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , generando los efectos legales a ella inherentes (preceptos 56.1 y 110.1, respectivamente, de dichos cuerpos normativos).

Ahora bien el artículo 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores es contundente al establecer que será nulo el despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a) de dicho precepto, salvo que se declare la procedencia del acto extintivo por motivos no relacionados con el embarazo.

Siendo un hecho cierto y no controvertido el estado de gestación de la trabajadora recurrente en el momento de la comunicación de su cese, al igual que el conocimiento empresarial de tal circunstancia, el despido enjuiciado ha de merecer la calificación de nulo conforme disponen los preceptos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, generando con los efectos legales a tal calificación inherentes previstos, respectivamente, en los preceptos 55.6 y 113 de dichos cuerpos normativos.

CUARTO.- Alega finalmente la recurrente que la extinción de su contrato de trabajo fue debida exclusivamente a su estado de gestación, comportando la vulneración del derecho fundamental que proscribe la discriminación por razón de sexo, lo que, además de la nulidad de aquélla, ha de generar el devengo de la correspondiente indemnización por daño moral.

Es doctrina consolidada de nuestro Tribunal Constitucional la que postula, en relación con el ámbito procesal laboral, que en supuestos en los que se alega que una determinada actuación del empleador encubre en realidad una conducta lesiva de un derecho fundamental corresponde al autor de aquella soportar la carga de la prueba de que la medida adoptada obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio o vulnerador de tal derecho, doctrina del onus probandi especialmente reforzada en la modalidad procedimental en la que nos encontramos por imperativo de lo dispuesto en el artículo 105.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Ahora bien para que opere el desplazamiento de la carga de la prueba a la empresa no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de lesivo de dicho derecho, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de demostrar que los hechos motivadores de la decisión encuentran fundamento en una legítima causa y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

La Sala considera que en el caso que nos ocupa el relato fáctico de la Resolución recurrida constata ciertamente la concurrencia de tales indicios objetivos pues, conocido por el empleador el estado de gestación de la trabajadora, es tras la suspensión del contrato de trabajo por riesgo de embarazo y una vez reconocido por la Muta Patronal su derecho al percibo del pertinente subsidio, cuando aquél, invocando el fin de contrato, decide extinguir una relación laboral que, como ya se ha razonado, tenía naturaleza indefinida y, por tanto, no podía concluir por una causa de temporalidad de la que carecía ya desde su origen.

Lo expuesto comporta, como ya se ha adelantado, la existencia de indicios racionales de que la medida adoptada pudiera ser tachada de ilegal y vulneradora del derecho fundamental ya indicado, colmando pues la precisa aptitud para que opere la anunciada traslación o desplazamiento a la empleadora de la carga de la prueba de la racionalidad y oportunidad de tal medida. Así las cosas y enlazando con lo ya razonado, la falta de demostración por quien venía obligado a soportar la carga de la prueba, de la existencia de una causa real, objetiva y consistente para la adopción de la medida enjuiciada y, por contra, la concurrencia de los acreditados y ya analizados indicios, permiten concluir afirmando que la motivación de tal medida no solo no es en modo



alguno ajena a los mismos sino que aparece estrecha y directamente relacionada con ellos, obedeciendo la causalidad de tal decisión a una ilícita actuación empresarial discriminatoria por razón de sexo que vulnera abiertamente el artículo 14 de la Constitución . Ello determina la nulidad de la calificación de la extinción contractual acogida en la Sentencia recurrida con los efectos legales a ella inherentes.

Sentado lo que antecede cabe señalar que no ofrece actualmente duda, y así lo corrobora el artículo 183.3 de la antes citada Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la compatibilidad entre las consecuencias legales de la nulidad de una extinción contractual y una indemnización complementaria que resarza de otros daños y perjuicios ocasionados por la actuación empresarial discriminatoria o lesiva de un derecho fundamental. Ello obedece básicamente, de un lado, a la constatación de que junto con el daño producido por la pérdida de empleo, la lesión de éste puede provocar daños morales o de otro tipo distintos de aquél y no comprendidos en la indemnización extintiva; de otro, a la necesidad de conseguir una efectiva y completa reparación del derecho fundamental conculcado; y de otro y finalmente, al efecto disuasorio que así se produce frente a intentos futuros de lesionar esas garantías esenciales de los trabajadores.

El nº1 del precitado artículo establece que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Por su parte el nº2 concreta que el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

La demandante alega en su demanda las bases de las que obtiene la cantidad que reclama y la justificación de que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto, dando las razones que avalan y respaldan dicha decisión acudiendo como referencia para fijar el quantum indemnizatorio a la singular normativa en materia de infracciones y sanciones en el orden social.

Recuerda al respecto la Sentencia Tribunal Supremo de 5 de Febrero de 2015 que "Ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos - indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume (así, SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92 -; y 08/05/95 -rco 1319/94 -), a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena (SSTS 22/07/96 -rco 7880/95 -; ... 11/06/12 -rcud 3336/11 -; y 15/04/13 -rcud 1114/12 -).

Pero en los últimos tiempos esta doctrina también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06 -], y por la consideración acerca de la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [SSTS/Iª 27/07/06 Ar. 6548 ; y 28/02/08 -rec. 110/01]» (SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08 -; y 11/06/12 -rcud 3336/11 -). Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS , precepto para el que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse -éste es el caso de autos- «en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada".

La Sala considera desproporcionada la cuantía de 10.001 solicitada por la recurrente, y ello fundamentalmente porque la dificultad que comporta medir el daño moral exige acudir al análisis de los hechos o conductas que conducen a la calificación de la vulneración de los derechos fundamentales, cuya valoración permitirá determinar si además del específico perjuicio derivado del acto de extinción contractual, que suple la regulación legal y que se traduce en la restauración del vinculo laboral y el devengo de los salarios dejados de percibir, se ha producido otro susceptible de ser restaurado.

En el caso que nos ocupa la accionante se ha visto injustificada y transitoriamente privada su relación laboral en un momento especialmente delicado para ella, dado su embarazo, y obligada a emprender acciones judiciales en materia de despido, soportando así el sufrimiento personal (sensación anímica de inquietud, incertidumbre,



impacto, impotencia, temor) y profesional que tales situaciones le han generado. Ello ha de traducirse en la correspondiente compensación económica dirigida no a la reintegración patrimonial sino a proporcionar satisfacción en la medida de lo humanamente posible, considerándose ponderada y razonable, atendiendo a las circunstancias ya examinadas, la cantidad de 6.251 euros en la que prudencialmente se evalúan los daños en el marco de la discrecionalidad que al Órgano Judicial otorga el ya citado artículo 183.2 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Nos encontramos ante una infracción muy grave tipificada en el artículo 8.11 de Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, al que el precepto 40.1 c) le atribuye una multa en su grado mínimo coincidente con aquella cuantía, no existiendo motivo para la imposición de la misma en su grado medio o máximo. Expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Julio de 2015 que «... la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [STC 247/2006, de 24/Julio], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 - rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13 -; y 02/02/15 -rco 279/13 -). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- de alejarse del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente".

Como ya se ha dicho una trabajadora (como la recurrida) que es sometida a un trato discriminatorio por razón de sexo con motivo de su embarazo, hallándose además en situación de riesgo, que pierde su trabajo por dicha causa, se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad y sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales de la persona afectada, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria. El importe antes indicado, acudiendo al criterio sancionador del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto, cuando de decisiones empresariales discriminatorias se trata, nos parece ponderado y proporcionado al caso.

Por cuanto antecede;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por D^a María Dolores contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Gijón en fecha 24 de Noviembre de 2016 , en los autos a su instancia promovidos frente a Delia y a Isaac , en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, seguidos en materia de despido y vulneración de derechos fundamentales, debemos revocar y revocamos dicha Resolución declarando la nulidad de la decisión extintiva del contrato de trabajo del que la accionante fue objeto el día 3 de Agosto de aquél año, condenando a los demandados a estar y pasar por este pronunciamiento y al precitado empleador a que proceda a su inmediata **readmisión** en las mismas condiciones laborales que regían con anterioridad a ésta fecha, debiendo igualmente abonarle los salarios dejados de percibir desde la misma hasta el momento en el que tal **readmisión** se lleve a efecto, así como la cantidad de 6.251 euros en concepto de daño moral por la discriminación sufrida por razón de sexo con motivo de su embarazo.

Medios de impugnación

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

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS , con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que** : fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Signaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como



sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

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

Consignación o aseguramiento del importe de la condena

Asimismo, por aplicación del Art. 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

Exenciones de los depósitos y consignaciones

El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán **exentos** de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

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

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