



Roj: **STSJ GAL 1552/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:1552**

Id Cendoj: **15030340012017101187**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2017**

Nº de Recurso: **5251/2016**

Nº de Resolución: **1299/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X. DE GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 32054 44 4 2016 0001746

Equipo/usuario: BC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0005251 /2016 . BC

Procedimiento origen: DERECHOS FUNDAMENTALES 0000430 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Estrella

ABOGADO/A: DAVID GARCIA RUBIANES

RECURRIDO/S D/ña: MADACRIES RESTAURACION SLU

ABOGADO/A: MONTSERRAT REY LORENZO

PROCURADOR: RICARDO SANZO FERREIRO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

ILMO. SR. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a siete de marzo de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 0005251/2016, formalizado por el LETRADO D. DAVID GARCÍA RUBIANES, en nombre y representación de Estrella , contra la sentencia número 380/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OURENSE en el procedimiento DERECHOS FUNDAMENTALES 0000430/2016, seguidos a instancia de Estrella frente a MADACRIES RESTAURACION SLU, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Estrella presentó demanda contra MADACRIES RESTAURACION SLU, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 380/2016, de fecha veintiocho de julio de dos mil dieciséis .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- La actora prestó servicios para la demandada, del sector de hostelería, desde el 21 junio 2011, a tiempo parcial de 1000 horas al año, con categoría profesional de "personal de equipo" y salario mensual bruto y prorrateado de 576,98 euros (contrato de trabajo a los folios 11 a 13 y 64 y ss y nóminas de mayo de 2015 a marzo de 2016 a los folios 71 a 81). **SEGUNDO.-** El 11 mayo 2016 la empresa entregó a la actora carta de despido de la misma fecha y con efectos de 13 mayo 2016, del siguiente tenor literal (folio 6): "La dirección de esta empresa le comunica, por medio del presente escrito, que ha tomado la decisión de rescindir su contrato de trabajo, procediendo a la extinción del mismo de acuerdo con los artículos 49.1.k) del Estatuto de los Trabajadores . El motivo de esta decisión se fundamenta en los siguientes hechos: Una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo que venía desarrollando en su puesto de trabajo. Todo ello, está regulado en el artículo 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores . Por lo que la empresa ha decidido despedirle con efectos del día 13 de mayo de 2016, quedando a su disposición el finiquito correspondiente en nuestras dependencias". **TERCERO.-** La actora causó baja por IT derivada de enfermedad común el 18 abril 2016 con el diagnóstico "trastornos de personalidad" (folio 10). **CUARTO.-** La actora había causado baja por enfermedad común el 18 julio 2013 (folio 33). El 14 noviembre 2013 la actora remitió a la empresa por

burofax carta fechada el 30 octubre 2013, del siguiente tenor literal (folios 20 a 22): "Por la presente les vengo a comunicar que en vistas a mi futura reincorporación en la empresa, tras mi período de incapacidad permanente por contingencias comunes, en tanto que estoy **embarazada** de 18 semanas, ello me impedirá realizar trabajos de carga de cajas, u otras labores que requieran de esfuerzo físico, que venían comúnmente realizando en mi trabajo cotidiano. Por ello les solicito que prevean la posibilidad de reubicarme dentro de la empresa a otros puestos de trabajo que no requieran de esfuerzos físicos, ni de contacto con productos químicos que puedan afectar al desarrollo normal de la gestación, todo ello en atención a lo previsto en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre). Sabiendo que tendrán presente esta circunstancia a la hora de mi reincorporación y desconociendo la fecha de la misma, puesto que depende de los correspondientes pareceres médicos, me despido sin otro particular". La actora fue dada de alta por "inicio de maternidad" el 31 marzo 2014 (folios 34 y 35). **QUINTO.-** La actora no ha ostentado cargo representativo (de demanda sin oposición).

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo estimar en parte la demanda presentada por Dña. Estrella y en virtud de ello declaro la improcedencia de su despido y condeno a MADACRIES RESTAURACIÓN S.L.U. a que en el plazo legal de cinco días opte en la forma debida entre la **readmisión** de la actora con abono de los salarios dejados de percibir o indemnizarle en la cuantía de 3.232,62 euros.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda en su pretensión subsidiaria, declarando la improcedencia de su despido y condenando a la empresa MADACRIES RESTAURACIÓN S.L.U. a que en el plazo legal de cinco días opte en la forma debida entre la **readmisión** de la actora con abono de los salarios dejados de percibir o indemnizarle en la cuantía de 3.232,62 euros. Contra este pronunciamiento interpone recurso de Suplicación la representación letrada de la trabajadora demandante, al objeto de obtener su revocación y de



que se estime íntegramente su demanda, articulando al efecto y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , tres motivos de recurso, destinando el primero a la revisión de los hechos declarados probados, y los dos restantes a examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- La parte recurrente formula un primer motivo de recurso con el objeto de modificar el relato fáctico de la sentencia recurrida, interesando las modificaciones siguientes:

*En primer lugar se interesa la revisión del hecho probado primero, proponiendo el siguiente texto alternativo: "*PRIMERO. - la actora prestó servicios para la demandada, del sector de hostelería, como CAMARERA, BÁRMAN Y ASIMILADA, a tiempo parcial de 1000 horas al año, con la categoría profesional de "PERSONAL DE EQUIPO", y salario mensual bruto y prorrateado de 797,06 € (contrato de trabajo folios 11 a 13)*".

No acogemos dicha revisión, siendo preciso indicar que en el proceso laboral no existe la segunda instancia, sino un recurso extraordinario, el de suplicación, que solamente puede fundamentarse en los motivos de recurso establecidos con carácter tasado por la ley. Por lo que se refiere a los motivos amparados en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS , igualmente se hace preciso poner de manifiesto como es el Juzgador de instancia el que tiene atribuidas con plenitud las facultades para valorar las pruebas y los restantes elementos de convencimiento presentados ante él en el proceso - artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social - y en su examen sobre tales materiales dispone de amplios márgenes de actuación. El recurso de suplicación no es un instrumento adecuado a fin de proceder a una nueva valoración de los medios aportados para traer al proceso los datos fácticos, por el contrario, su naturaleza extraordinaria excluye ese objeto, que queda reservado al juicio de instancia, y únicamente permite corregir los errores del Juzgador, cuando con documentos idóneos o con pericias practicadas se pone de manifiesto el desacierto de la convicción judicial (artículo 193 b) de la LRJS), siendo que la revisión de los hechos probados solamente puede fundarse en la prueba documental o pericial obrante en autos, no contradicha por otros medios de prueba, que revele de modo inmediato y evidente un error del órgano judicial, sin necesidad de deducciones, conjeturas o interpretaciones de la parte recurrente, pues el proceso laboral se basa en la instancia única y el recurso de suplicación es un recurso extraordinario, de motivos tasados, en el que no es posible el enjuiciamiento pleno del litigio y la nueva valoración del material probatorio como si de una segunda instancia se tratara.

Y en el presente caso, la parte recurrente funda la revisión en el contrato de trabajo, pero como se deja expuesto, la revisión no es posible cuando la prueba documental o pericial citada aparece contradicha por otros medios de prueba, como así sucede en el caso enjuiciado, en el que el Magistrado de instancia valorando los recibos oficiales de salarios correspondientes a los once meses anteriores al del cese, sin incluir el del mes despedido por ser incompleto, ha calculado muy correctamente el salario regulador del despido, y frente a su correcta valoración probatoria, objetiva e imparcial, la Sala no puede otorgar prevalencia a la propuesta por la parte recurrente, subjetiva e interesada, sino que de conformidad con lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS debe prevalecer en toda su plenitud las facultades para valorar las pruebas y los restantes elementos de convencimiento que dicho precepto confiere al Magistrado de instancia.

*También se solicita la revisión del hecho probado tercero de la sentencia recurrida, que dice: "*La actora causó baja por IT derivada de enfermedad común el 18 abril 2016 con el diagnóstico "trastornos de personalidad" (folio 10)*", interesando que se suprima del referido hecho el diagnóstico.

La Sala rechaza la pretensión revisora de la parte recurrente, porque según constante jurisprudencia, debe darse el requisito de la necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso, devendría inútil la variación, como así ocurre en el presente caso, en que la inclusión o no en el relato fáctico del diagnóstico de la baja laboral de la actora, en nada afectaría a la decisión final del litigio.

TERCERO.- En sede jurídica, se articula otro motivo de suplicación al amparo del artículo 193.c) de la LRJS , al objeto de examinar las infracciones de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, denunciando como infringidos los artículos 26.3 del Estatuto de los Trabajadores , así como los artículos 6 y 19 del Convenio Colectivo ya citado, en relación con el salario que debe regir para el cálculo de los efectos del despido

La cuestión sobre el marco general de fijación del salario planteada por la actora en su recurso, debe ser desestimada, por dos razones:

1ª.- Porque el éxito de la pretensión actora estaba subordinado a que prosperase la revisión fáctica, y tal como se expuso al resolver el motivo de revisión anterior, resulta que la revisión de los hechos probados no ha prosperado y no ha quedado acreditado otro salario regulador del despido distintos del que se fija en los hechos probados de la sentencia recurrida, por lo que el recurso no puede prosperar, pues tal como



viene sosteniendo este Tribunal, al no haberse logrado modificar la apreciación del Juzgador de instancia que sirvió de antecedente amparador al basamento jurídico que en la sentencia impugnada se precisó, no podrá prosperar la revisión en derecho cuando no se hayan alterado los supuestos de hecho que en la resolución en cuestión se constatan, y entre una y otra dimensión de la sentencia exista una íntima relación de ambos presupuestos (doctrina ésta que resulta de aplicación en aquellos caso, como el que aquí nos ocupa, en los que la revisión sustantiva tenga como presupuesto necesario la modificación de la narración fáctica), circunstancias éstas que son las que concurren en la presente litis, de modo que no habiendo logrado la parte recurrente desvirtuar la conclusión a la que llega el Magistrado de instancia cuando en el hecho probado primero fija el salario regulador del despido en 576,98€, se produce un obstáculo insalvable para que pueda prosperar la pretensión de demanda. Doctrina que sigue manteniendo el Tribunal Supremo en la sentencia de 28-3-2012 al señalar que, inalterado el relato fáctico impugnado, procede desestimar los recursos cuyo éxito venía ligado al triunfo de la revisión de los hechos que se ha desestimado.

2ª.- Porque el Magistrado de instancia ha seguido en la determinación del salario aplicable en las acciones de despido, las reglas establecidas por la doctrina jurisprudencial, a saber: : a) ha de computarse íntegro, por tanto, incluyendo todos los conceptos a los que resulte de aplicación el artículo 26.1 ET ; b) ha de ser actual; esto es el percibido en el momento inmediatamente anterior al despido; c) en cómputo periódico (diario, semanal, mensual o anual); d) en bruto; y e) con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. Así, por ejemplo, se afirma en la STS 17.07.1990 (RJ 1990, 6413): « *el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales*» [en el mismo sentido, SSTS UD 27.09.2004 (RJ 2004, 6986), 11.05.2005 (RJ 2005, 6131), 26.01.2006 (RJ 2006, 2227), 25.09.2008 (RJ 2008, 6599), etc. El medio de prueba más útil a dichos efectos es, por obvios motivos, *las hojas de salario del último mes* [SSTS 18.09.1984 (RJ 1984, 4426), 05.03.1985 (RJ 1985, 1463), etc.]. En general, dicho salario suele hallarse en las nóminas en la casilla de base de cotización a accidentes de trabajo (aunque aquí pueden existir horas extraordinarias, que no siempre se computan). Pues bien, a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso, dada la variación mensual de las retribuciones, el método empleado por el Magistrado de prorratear las once mensualidades anteriores al cese, nos parece correcto y ajustado a la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta, razón por la cual no podemos acoger este motivo de recurso.

CUARTO.- En el último de los motivos de recurso interesa la nulidad del despido, denuncian la infracción de las normas legales y jurisprudenciales relativas a la vulneración del principio de indemnidad y de no discriminación por razón de maternidad y sexo, se dice que la sentencia de instancia infringe normas sustantivas en concreto errónea aplicación del art. 17.1 , 55.5 y 55.6 del Estatuto de los Trabajadores y 24 de la CE así como jurisprudencia que se cita del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, indicando que la recurrente ha aportado prueba indiciaria del acoso a que ha estado sometida, y perseguida en su trabajo desde su situación de baja laboral y maternidad, añadiendo que la aportación del Burofax a que hace referencia el ordinal cuarto de la exposición de hechos de la demanda, debe ser un principio de prueba suficiente para la inversión de la carga de la prueba.

Partiendo de los inalterados hechos probados, la cuestión litigiosa objeto del presente motivo de recurso consiste en determinar si el cese de la trabajadora puede ser constitutivo de un despido nulo, por haber sido sometida a una situación de acoso por parte de la empresa demandada derivada de las bajas laborales a que se vio obligada por razón de maternidad, tal como sostiene la actora en su recurso; o si, por el contrario, tal como se declara en la sentencia recurrida, no existió violación de ningún derecho fundamental, tal como declara la sentencia recurrida, coincidiendo con el parecer del Ministerio Fiscal.

La censura jurídica que se denuncia, relativa a la infracción de un derecho fundamental, debe ser desestimada sobre la base de las siguientes consideraciones:

1ª.- Conforme tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993 de 18 de enero ; 136/1996, de 23 de julio ; 87/1998, de 21 de abril ; 29/2000, de 31 de enero , y 114/2002, de 20 de mayo , entre otras muchas), cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido (STC 38/1981 , 55/1983 , 104/1987 , 114/1989 , 135/1990 , 21/1992 , 136/1996, de 23 de julio , y 48/2002, de 25 de junio). No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia, es decir, que su actuación obedece a motivos razonables y



ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental» (SSTC 136/1996, de 23 de julio ; 87/1998, de 21 de abril ; 29/2000, de 31 de enero , y 114/2002, de 20 de mayo , entre otras muchas). La decisión empresarial será así válida cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o lesivo de un derecho fundamental.

Por otro lado, es también reiterada doctrina constitucional relativa a la garantía de indemnidad derivada del art. 24 CE (SSTC 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993\14], F. 3, 197/1998, de 13 de octubre [RTC 1998\197], F. 4, 140/1999, de 22 de julio [RTC 1999\140], F. 4, 168/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999\168], F. 1 y 198/2001, de 4 de octubre [RTC 2001 \198], F. 3 y STC 55/2004 de 19 de abril), la que viene señalando que «en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva 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* . El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, 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* .

2ª.- Los indicios en que la parte recurrente se funda para acreditar la existencia vulneración de un derecho fundamental, según manifiesta en su escrito de recurso, viene constituido por lo declarado en el hecho probado cuarto, conforme al cual, la actora había causado baja por enfermedad común el 18 julio 2013. Y el 14 noviembre 2013 remitió a la empresa burofax de fecha el 30 octubre 2013, comunicando que en vistas a su futura reincorporación en la empresa, tras período de incapacidad permanente por contingencias comunes, y dado que estaba **embarazada** de 18 semanas, señala que ello le impedirá realizar trabajos de carga de cajas, u otras labores que requieran de esfuerzo físico, que venían realizando en su trabajo cotidiano, instando la posibilidad de ser reubicada dentro de la empresa en otros puestos de trabajo que no requieran de esfuerzos físicos, ni de contacto con productos químicos que puedan afectar al desarrollo normal de la gestación. La actora fue dada de alta por "inicio de maternidad" el 31 marzo 2014.

3ª.- Y constituida a partir de este indicio la posible vulneración de un derecho fundamental, es claro que en el presente caso ese indicio es endeble e insuficiente para acreditar la posible existencia de una situación de acoso, no desprendiéndose del mismo que el cese de la actora se haya producido por circunstancia alguna relacionada con su embarazo, habiendo transcurrido en exceso el plazo a que se refiere el art. 108.c) de la LRJDS, ni existe tampoco la mas mínima evidencia de represalia de la trabajadora por haber disfrutado de las correspondientes bajas laborales derivadas de su embarazo, ni puede sostenerse que *la actuación empresarial, al despedirla, obedezca a una represalia por el ejercicio de sus derechos*, sino que, por el contrario se asienta en motivos razonables, extraños a todo propósito lesivo de cualquier derecho fundamental, ya que la razón de su despido se fundamenta en unos hechos que la sentencia de instancia declara ciertos, si bien, al aparecer relatados de un modo insuficiente en la carta de despido, es por lo que califica éste de improcedente.

La conclusión final, por tanto, ha de ser la de desestimar la pretensión de nulidad, coincidiendo con el parecer del Ministerio Fiscal que en su informe considera que no se ha producido vulneración de derechos fundamentales, manteniéndose la declaración de improcedencia del despido con la consiguiente confirmación del fallo impugnado. Por lo expuesto,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora D^{ÑA}. Estrella , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Ourense en fecha 28 de julio de 2016 , en los presentes autos 430/2016, sobre despido, tramitados a instancia de la referida recurrente frente a la demandada MADACRIES RESTAURACIÓN S.L.U., debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .



- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ