



Roj: **STSJ ICAN 463/2018 - ECLI:ES:Tsjican:2018:463**

Id Cendoj: **38038340012018100294**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2018**

Nº de Recurso: **804/2017**

Nº de Resolución: **223/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **FELIX BARRIUSO ALGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000804/2017

NIG: 3803844420170001099

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000223/2018

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000151/2017-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 3 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: Obdulio ; Abogado: IRGA HERRERA PADILLA

Recurrido: ALUNORT FUERTEVENTURA S.L.

Interesado: COASTRI,S.L.P.

FOGASA: FOGASA

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA

Magistrados

D./D^a. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL

D./D^a. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 6 de marzo de 2018.



Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 804/2017, interpuesto por D. Obdulio , frente a la Sentencia 216/2017, de 31 de mayo, del Juzgado de lo Social nº. 3 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 151/2017, sobre despido nulo. Habiendo sido ponente el Magistrado D. FÉLIX BARRIUSO ALGAR, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por parte de D. Obdulio se presentó el día 16 de febrero de 2017 demanda frente a "Alunort Fuerteventura, Sociedad Limitada" y el Fondo de Garantía Salarial, en la cual alegaba que trabajaba para la empresa demandada desde diciembre de 2015; que el 21 de enero de 2016 inició un proceso de incapacidad temporal derivado de accidente de trabajo, habiendo posteriormente presentado el actor denuncias ante la inspección de trabajo y papeleta de conciliación pidiendo en esta última el pago de cantidades adeudadas, y que el 27 de diciembre de 2016 la empresa le dio de baja con fecha de efectos de 27 de diciembre de 2016, considerando el actor que la baja era una represalia por las reclamaciones del trabajador y una discriminación por haberse producido estando en incapacidad temporal. Terminaba solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase el despido nulo, condenando a la empresa demandada a la readmisión del actor y al abono de los salarios de tramitación, o, subsidiariamente, improcedente, en cuyo caso, a opción de la demandada, readmita al actor en su mismo puesto de trabajo junto con el abono de los salarios de tramitación o le indemnice en la cuantía legal, a cuyo pago vendría obligado el Fogasa, todo ello junto con los demás pronunciamientos legales que procedan entre los que se incluye una indemnización de 24.000,00 euros.

SEGUNDO.- Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 3 de Santa Cruz de Tenerife, autos 151/2017, en fecha 24 de mayo de 2017, tras ampliar el actor contra la administración concursal, se celebró juicio en el cual la empresa demandada no compareció.

TERCERO.- Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el 31 de mayo de 2017 sentencia con el siguiente Fallo:

"Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por D. Obdulio frente a ALUNORT FUERTEVENTURA, S.L., su administrador concursal COASTRI, S.L.P. y FOGASA, y, en consecuencia:

PRIMERO.- Declaro la nulidad del despido del actor llevado a cabo por ALUNORT FUERTEVENTURA, S.L. el 27 de diciembre de 2016, con condena a la inmediata readmisión del trabajador y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de la readmisión, a razón de un salario diario de 48,84 euros.

SEGUNDO.- CONDENO a su administrador concursal COASTRI, S.L.P. a estar y pasar por tal declaración.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que pudiera corresponderle al FOGASA, en los términos previstos legalmente".

CUARTO.- Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- D. Obdulio , mayor de edad, con DNI NUM000 inició su relación laboral con ALUNORT FUERTEVENTURA, S.L. en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, para obra o servicio determinado, a tiempo completo, desde el 15 de diciembre de 2015, con la categoría profesional de encofrador y con un salario bruto mensual prorrateado de 1.514,04 euros (Documento nº 24 del ramo de prueba de la parte demandante).

SEGUNDO.- En fecha 21 de enero de 2016 el actor inició una situación de incapacidad temporal a consecuencia de accidente laboral, que fue prorrogada por resolución del INSS hasta el 5 de mayo de 2017 (Documento nº 14 del ramo de prueba de la parte demandante).

TERCERO.- En fecha 27 de diciembre de 2016 la empresa demandada procedió a dar de baja en el régimen de Seguridad Social al actor. (Documento nº 25 del ramo de prueba de la parte demandante).

CUARTO.- La empresa ALUNORT FUERTEVENTURA S.L. se encuentra en concurso voluntario de acreedores por Auto de 20 de octubre de 2016 dictado en el seno del procedimiento nº 334/2016 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria . (Documento nº 6 del ramo de prueba de la parte demandante).

QUINTO.- Por auto de fecha 2 de marzo de 2017 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria , procedimiento nº 334/2016, se nombró administrador concursal de la empresa demandada a la sociedad COASTRI, S.L.P (Folios 30 a 32).

SEXTO.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior a su despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.



SÉPTIMO.- La parte actora presentó papeleta de conciliación ante el SEMAC el 11 de enero de 2017 celebrándose el acto, con resultado intentado sin efecto, el día 15 de febrero de 2017".

QUINTO.- Por parte de D. Obdulio se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación no ha sido impugnado.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 28 de julio de 2017, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 5 de marzo de 2018.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se mantienen en su integridad los hechos probados de la sentencia de instancia, al no haberse planteado motivos de revisión fáctica.

SEGUNDO.- El actor prestaba servicios para la demandada "Alunort Fuerteventura, Sociedad Limitada" como encofrador desde diciembre de 2015, habiendo iniciado en enero de 2016 un proceso de incapacidad temporal por accidente de trabajo, situación en la que se mantenía cuando a finales de diciembre de 2016 fue dado de baja en la Tesorería General de la Seguridad Social, sin constar la causa. El actor alegaba que el despido era nulo por ser represalia a la presentación de reclamaciones contra la empresa - circunstancia que no consta en hechos probados- y porque su enfermedad era asimilable a discapacidad, pidiendo en el suplico una indemnización (es de suponer que adicional a la del despido improcedente, y por la alegada vulneración de derechos fundamentales) de 24.000 euros. La sentencia de instancia -dictada en rebeldía- declara nulo el despido aplicando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la sentencia de 1 de diciembre de 2016 ("caso **Daouidi**") al estimar que la enfermedad del actor se podía asimilar a discapacidad, basándose para ello simplemente en la duración que había tenido la incapacidad temporal a la fecha del despido (aunque no consta en hechos probados ni la causa concreta de la baja médica, ni dato alguno que permita suponer que el demandante iba a quedar con secuelas duraderas que afectaran a su trabajo habitual, sin llegar a impedir el mismo), pero no da indemnización adicional alguna, basándose en que el actor no decía absolutamente nada sobre por qué reclamaba la cantidad de 24.000 euros. Contra esta sentencia recurre en suplicación el actor pretendiendo que se revoque en parte la sentencia y se imponga a la empresa demandada el pago de la indemnización adicional por despido, para lo cual formula un único motivo de examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, por el artículo 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . No se han presentado impugnaciones al recurso.

Recurre demandante, sin impugnaciones

TERCERO.- El recurrente considera que la no fijación de indemnización adicional, pese a declararse nulo el despido por discriminatorio, conculca la jurisprudencia expuesta en la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007, recurso 25/2007 , que establece que la lesión de un derecho fundamental determina normalmente la producción de un daño, así como la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006 y el artículo 179.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social respecto a que la cuantificación del daño se debe basar en las características de gravedad, reiteración y otras circunstancias concurrentes de la conducta infractora que haya sido objeto de prueba en el proceso. Pasando a alegar que "la discriminación duró a lo largo de un año, en el cual mi mandante se encontraba en incapacidad temporal como consecuencia de un accidente de trabajo, y sin previo ALUNORT FUERTEVENTURA, S.L. la empresa con la que le vinculaba un contrato de trabajo, decidió unilateralmente darle de baja en la Seguridad Social", que el actor tiene 31 años, que por el trato recibido de la empresa y haberse enterado de la baja al solicitar un informe de vida laboral le generaron sentimientos de tristeza, desesperanza y síntomas depresivos; y que asume que estando la demandada en concurso la cantidad reclamada va a ser prácticamente incobrable.

CUARTO.- El artículo 179.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece la necesidad de que la demanda de tutela de derechos fundamentales exprese con claridad "la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador".

QUINTO.- Por otra parte el daño moral, que recibe como se observa un trato diferenciado en el precepto antes transcrito, es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión



directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad (sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984).

SEXTO.- La Sala IV del Tribunal Supremo (sentencia de 2 de febrero de 2015, recurso 279/2013) afirma que la última jurisprudencia ha flexibilizado, para el daño moral, la 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 (que por ejemplo, se seguían exigiendo en la sentencia de 15 de abril de 2013, recurso 1114/2012), atendiendo primero "al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral"; en segundo lugar 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 (de índole moral) no tienen directa o secuencialmente una traducción económica; y en tercero y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el artículo 179.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , precepto para el que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse "en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada". Recordando también esta sentencia que existen algunos daños de carácter moral cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión, lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales.

SÉPTIMO.- Tanto esta sentencia de 2 de febrero de 2015 , como la posterior de 18 de mayo de 2016, recuso 150/2015, señalan no obstante, con apoyo en sentencias anteriores, que la fijación del importe de la indemnización por daños morales corresponde al órgano judicial que conoce del procedimiento en instancia, y solo debe ser corregido cuando resulte manifiestamente irrazonable, desproporcionado e injustificado, lo que significa que su cuantía ha de ajustarse a parámetros de razonabilidad que no resulten excesivos y desorbitados en función de las circunstancias del caso. Considerando que el empleo a efectos orientadores de las cuantías de las multas pecuniarias previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social en principio es un parámetro de cálculo razonable y avalado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

OCTAVO.- Pero ni de los artículos 179.3 o 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , ni de la jurisprudencia -ni siquiera la de la línea más flexibilizadora en lo que a valoración del daño moral se refiere- se desprende que, para condenar al pago de una indemnización adicional por daño moral, baste con la mera invocación de que el mismo se ha producido -lo cual, en el presente caso, ni siquiera se produjo en instancia: la indemnización de 24.000 euros se introduce en el suplico sin ni siquiera explicar el actor su concepto y mucho menos fundamentar su procedencia-. Lo que se atenúa es el requisito de fijar las bases de la cuantificación del daño cuando el mismo es moral, pero no la de describir con cierto detalle cuales son los daños morales que se consideran producidos, o los hechos concretos de los que se deduce ese daño moral. Así se desprende de que el artículo 179.3 hable primero en general, y para toda clase de daños, de "la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios" (es decir, una descripción de los hechos o circunstancias concretas, susceptible de ser acreditadas por los medios de prueba admitidos en derecho, de los que se pueda deducir de forma razonada por un observador imparcial que se ha producido o podido producir un daño o perjuicio, sea material o moral, y hacer un juicio, siquiera indiciario, de la mayor o menor gravedad del mismo), y por otro de "las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización", lo cual viene referido a la traducción económica del perjuicio. Es solo esta exposición de las "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización", o parámetros de cuantificación económica, que el artículo 179.3 permite excepcionar o relativizar para los daños morales, y ello además solo "cuando resulte difícil su estimación detallada".

NOVENO.- Incluso cuando se habla por el Tribunal Supremo de daños de carácter moral cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión, exige al propio tiempo una "implicación directa entre conducta lesiva del derecho fundamental y daño moral" (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007, recurso 25/2007 , citada en el recurso; o la de 18 de julio de 2012, recurso 126/2011 ; en ninguna de las cuales se presumió la existencia de daño moral por el mero hecho de haberse declarado la vulneración del derecho a la libertad sindical), y en realidad, para apreciar la existencia de daño moral, suele atender a las concretas circunstancias acreditadas en las que se produjo la vulneración del derecho fundamental y la incidencia de la vulneración para el titular del derecho, o todo lo más atiende a máximas de experiencia como "las normales consecuencias" de la vulneración de un concreto derecho fundamental en unas determinadas circunstancias (por ejemplo, sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2017, recurso 39/2016). En definitiva, de la mera constatación de la lesión de un derecho fundamental no se puede desprender de forma automática que se ha producido un perjuicio indemnizable y además en la concreta



cuantía que haya tenido por conveniente fijar el demandante, de tal manera que siempre haya de accederse, de forma mecánica, a condenar al pago de una indemnización o en el importe pedido en la demanda.

DÉCIMO.- Teniendo en cuenta lo antes expuesto, y centrándose en el caso de autos, la declaración de nulidad del despido deriva de una aplicación un tanto cuestionable de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues la sentencia de 1 de diciembre de 2016 solo establece que la duración de la baja médica es uno de los elementos -y solo uno- que se deben tener en cuenta a fin de determinar si se puede considerar que el trabajador, a la fecha del despido, presentaba o no una "discapacidad". En el presente caso, en hechos probados no consta ni siquiera el diagnóstico de la baja, y resulta objetivamente imposible determinar si había o no, a la fecha del despido, una previsión razonable de recuperación suficiente de la capacidad funcional del trabajador al concluir la incapacidad temporal, o si por el contrario era previsible que restaran secuelas duradera que iban a incidir negativamente en el trabajo.

UNDÉCIMO.- Pero en cualquier caso, aunque la demanda fundamentaba la nulidad del despido en una lesión de la garantía de indemnidad -que no se puede considerar acreditada, pues nada consta en hechos probados al respecto-, y en una discriminación por discapacidad, no explicaba en lo más mínimo por qué reclamaba una indemnización de 24.000 euros, pues ni siquiera aclaraba que esa indemnización era adicional por la lesión de derechos fundamentales, y tampoco afirmaba que con la vulneración de derechos fundamentales se habían irrogado daños al trabajador, de la clase que fuera.

DUODÉCIMO.- Careciendo por tanto la demanda de fundamento alguno para la indemnización adicional que se reclama, y no constando en cualquier caso en hechos probados circunstancia de la que pueda deducirse la producción de un daño, moral o de otra clase, adicional a los propios de cualquier despido y que no pueda considerarse resarcido con el pronunciamiento típico de un despido nulo, el no reconocimiento de la indemnización en la sentencia de instancia no se puede considerar arbitrario, absurdo o irrazonable, lo que impide revocar el mismo. Pues en definitiva en la demanda no se invoca, ni en la sentencia se acredita, perjuicio alguno distinto de los que podría ocasionar un despido simplemente improcedente (o incluso procedente), y que justifique un pronunciamiento indemnizatorio añadido y complementario del legalmente previsto para los despidos nulos en el artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

DECIMOTERCERO.- Y esto no puede solventarse por lo que se alega en el recurso sobre la edad del actor -que no consta en hechos probados ni se puede considerar hecho no controvertido-, ni sobre las incomprensibles alegaciones sobre que la discriminación duró a lo largo de un año (el despido, que se declaró discriminatorio, se produjo transcurridos más de 11 meses desde el inicio de la incapacidad temporal, pero eso no significa que al actor se le discriminara por discapacidad a lo largo de todo ese tiempo; mientras que si se está haciendo referencia al impago de prestaciones, habría que ver si eso no está más relacionado con la situación de concurso de la empresa demandada, que se admitía en la propia demanda, y que constituye una causa para ese impago más verosímil), ni sobre las alegadas tristeza, desesperanza y síndrome depresivo, que dice el actor que le produjo el despido, pues son hechos nuevos que no se plantearon en la instancia y no pueden introducirse en suplicación. Y, mucho menos, puede justificarse la condena al pago de la indemnización adicional en el mero hecho de que como la empresa está en concurso es improbable que el trabajador vaya a cobrar la misma. El recurso debe, por tanto, desestimarse en su integridad.

DECIMOCUARTO.- Gozando la parte vencida de beneficio de justicia gratuita por disposición legal al ser trabajador o beneficiario de seguridad social (artículo 2.d de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), de conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , no procede la imposición de costas.

FALLAMOS

Desestimamos íntegramente el recurso de suplicación presentado por D. Obdulio , frente a la Sentencia 216/2017, de 31 de mayo, del Juzgado de lo Social nº. 3 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 151/2017, sobre despido nulo, la cual se confirma en todos sus extremos. Sin expresa imposición de costas de suplicación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Se informa a las partes que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los diez días



siguientes a la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011, de 11 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o causahabiente suyos, y no goce del beneficio de justicia gratuita, efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 euros, previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como, de no haberse consignado o avalado anteriormente, el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado o transferido en la cuenta corriente abierta en la entidad "Banco Santander" con IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y número 3777 0000 66 0804 17, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ