



Roj: **STSJ LR 68/2021 - ECLI:ES:TSJLR:2021:68**

Id Cendoj: **26089340012021100025**

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

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2021**

Nº de Recurso: **22/2021**

Nº de Resolución: **26/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO ESPINOSA CASARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL**

**LOGROÑO**

**SENTENCIA: 00026/2021**

C/ MARQUES DE MURRIETA 45-47

**Tfno:** 941 296 421

**Fax:** 941 296 597

**Correo electrónico:** saladelosocial.tsj@larioja.org

**NIG:** 26089 44 4 2019 0001975

Equipo/usuario: BMB

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000022 /2021**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000627 /2019

**RECURRENTE** DIRECCION002 .

**ABOGADO:** VICTOR IRIBARREN HERNAIZ

**RECURRIDOS:** MINISTERIO FISCAL, FONDO DE GARANTIA SALARIAL , Ángela

**ABOGADO:** , LETRADO DE FOGASA , DAVID MARTINEZ-PORTILLO PELLEJERO , , , ,

**Sent. Nº 26-2021**

Rec. 22/2021

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Muñoz Hurtado. :

Presidenta.

Ilmo. Sr. D. Ignacio Espinosa Casares. :

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a cuatro de Marzo de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente



## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 22/2021 interpuesto por D<sup>a</sup>. Ángela asistida del Letrado D. David Martínez-Portillo Pellejero y la empresa DIRECCION002 . asistida del Letrado D. Víctor Iribarren Hernaiz, contra la SENTENCIA nº 202/20 del Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño de fecha 23 DE OCTUBRE DE 2020 y siendo recurridos el MINISTERIO FISCAL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL asistido del Letrado del FOGASA, ha actuado como **PONENTE EL ILMO. SR. D. IGNACIO ESPINOSA CASARES.**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Según consta en autos, interpuesto por D<sup>a</sup> Ángela se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número 3 de Logroño, contra DIRECCION002 .; el MINISTERIO FISCAL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en reclamación por DESPIDO.

**SEGUNDO.-** Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 23 DE OCTUBRE DE 2020, recayó sentencia cuyos hechos declarados probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS:

**PRIMERO.-** La demandante venía prestando sus servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad del 9.09.2019, categoría profesional de auxiliar de ayuda a domicilio y salario bruto diario de 3777 (ipp).

**SEGUNDO.-** A la relación laboral existente entre las partes le era de aplicación el VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal (Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio) publicado en BOE nº 229 de 21.09.2018 y cuyas tablas salariales para 2019 se publicaron en BOE de 29.03.2019.

**TERCERO.-** La relación laboral se formalizó inicialmente mediante contrato de trabajo temporal (eventual por circunstancias de la producción: cobertura auxiliar Azucena durante sus vacaciones) y a tiempo parcial (6 horas/semana) que preveía una duración del 9.09.2019 al 9.10.2019.

Se dejaba indicado en este contrato que el horario de era de 2 horas/días, Lunes, Miércoles y Viernes de 10 a 12 horas, con posibilidad de que ambas partes acordaran modificar el horario y ante una eventualidad el servicio, dadas las particularidades del mismo y a solicitud del área de servicios sociales de la mancomunidad Virgen de Allende.

Así y en fecha 7.10.2019 acordaron las partes que durante los días 7, 8 y 9 de octubre la jornada sería de 6 horas 30 minutos diarios.

**CUARTO.-** Por la empresa se comentó a la actora vigente ese contrato la posibilidad de incorporarla a su plantilla para hacer las suplencias que pudieran surgir y cubrir una plaza de próxima asignación, siempre en Torrecilla (municipio en el que reside la actora) o alrededores; oferta que la actora y aceptó el 19.09.2019 solicitando se le indicara fecha de inicio para preavisar baja voluntaria en pizzeria en la que estaba trabajando como camarera, indicándole la empresa dos horas después que sería el 10 de octubre. Seguidamente y por la actora se solicitó duración por la que formalizarían contrato, a lo que se le respondió que " *siempre el primer contrato se hace de 6 meses y luego indefinido*" y, tras mensaje de audio de la actora, que el horario ya se lo pasaría en octubre.

El 29.09.2019 la actora causó baja en las empresas Dolores y DIRECCION003 . con las que mantenía desde el 1.08.2019/27.07.2019 sendos contratos temporales (502 eventual por circunstancias de la producción) y a tiempo parcial del 40 y 6%, respectivamente de la jornada equivalente a tiempo completo.

**QUINTO.-** A partir del jueves 10.10.2019 la demandante continuó prestando servicios para la demandada, realizando asistencia a usuarios pertenecientes a la mancomunidad del DIRECCION004 , cuya asistencia a domicilio también tiene asignada la demandada.

Así y vía whatsapp le envió la empresa el 8.10.2019 el nuevo horario a partir del 10 de octubre. Concretamente se le remitió horario del 10 al 24 de octubre, asignándole la asistencia a usuarios que venía atendiendo la auxiliar D<sup>a</sup> Fermina, quien iba a disfrutar en ese período de licencia por matrimonio según Acuerdo que alcanzó al efecto con la empresa. Así y a salvo de la mañana del 21 de octubre, en la que D<sup>a</sup> Fermina acudió a los domicilios de D. Santiago (de 10 a 12h) y D. Serafin (de 12 a 13 h), fue sustituida por la demandante del 10 al 22 de octubre. El horario a realizar en este período correspondía al de un contrato a jornada completa.

D<sup>a</sup> Fermina había contraído matrimonio en el Ayuntamiento de Torrecilla de cameros el pasado 14 de septiembre de 2019.



La empresa cursó la baja en SS de la actora el jueves 24.10.2019 por fin de contrato.

A partir del 25.10.2019 D<sup>a</sup> Fermina retomó la asistencia a los mismos usuarios que venía atendiendo antes del 10 de octubre.

**SEXTO.**- Al tiempo de esa baja la demandante se encontraba embarazada, **embarazo** de dos meses del que informó a la coordinadora de la demandada D<sup>a</sup> Lorenza el 14.10.2019. Su hija Pilar nació el NUM000 .2020.

**SÉPTIMO.**- Durante conversación en la que la trabajadora informó a la empresa de su **embarazo** el 14.10.2019 y atendiendo a ello ya le anunció la empresa que ello impedía su contratación en la forma ofertada, comentando la posibilidad de contratar en su lugar a su esposo (de nacionalidad dominicana) a partir del 25.10.2019, siempre y cuando tuviera su documentación en regla, quedando pendiente consulta al asesor.

Al día siguiente (15.10.2019) las partes mantuvieron nueva conversación en la que la empresa le solicitó todos los datos para trasladar consulta en forma al asesor, solicitando la actora la emisión de precontrato para presentar ante extranjería.

El contrato en cuestión traía justificación de plaza cuya cobertura debía proveer la empresa a partir de esa fecha, sin perjuicio de la asignación de nuevos servicios si surgía la posibilidad, siempre en Torrecilla y fuera del fin de semana en que ya tenía otra ocupación.

Iniciaron entonces la actora y su esposo los trámites para obtención por éste de NIE y NASS, solicitando el 21.10.2019 tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la UE tras la que le fueron asignados NASS y NIE el 23.10.2019.

La mañana de ese 21 de octubre la actora acompañó a su esposo a realizar esas gestiones, siendo asumidas la atención a usuarios asignados por auxiliar titular a la que sustituía, D<sup>a</sup> Fermina .

Obtenida esa documentación debía realizar gestión ante la Seguridad Social. Al respecto D<sup>a</sup> Lorenza preguntó resultado de tal gestión el 22.10.2019, contestándole la actora que había acudido su esposo ese día pero no había cita, que le habían dado para el 4 de noviembre, aunque iba a volver al día siguiente para intentarlo de nuevo.

Hasta el 24.10.2019 los contactos entre ambas entre la actora y D<sup>a</sup> Lorenza fueron constantes para estar al tanto y formalizar las gestiones oportunas que el asesor de la empresa y la seguridad social/extranjería les indicaran, sin que el contrato con el esposo del actor se llegara a formalizar en la fecha prevista ni a posteriori.

**OCTAVO.**- Con fecha 28.10.2019 la empresa publicó en el portal del INEM oferta de empleo para prestar servicios como auxiliar de ayuda a domicilio en DIRECCION001 ; oferta con fin de difusión hasta el 4.11.2019.

**NOVENO.**- La demandante contactó nuevamente el 30.10.2019, indicándole D<sup>a</sup> Lorenza que aún no podía decirle nada, que ya le informaría en cuanto supiera algo.

El 31.10.2019 remitió varios DIRECCION000 con información jurídica sobre contratación de extranjeros, sin respuesta por la empresa. Anunciando en el último de ese día la actora que iba a llamarla por teléfono, conversación de cuya existencia o contenido no consta.

Con fecha 11.11.2019 la actora contactó nuevamente con la empresa para indicarles que les habían dicho que yendo a la seguridad social con el contrato y el libro de familia ahí mismo certificaban que podía ser contratado porque sólo pueden ser contratados así los casados con españoles, que les acompañaran a la seguridad social con el contrato a ver qué les decían, y que también habían preguntado si podía darse de alta como autónomo con respuesta favorable, a los que la empresa contestó que iba a decírselo al asesor.

**DÉCIMO.**- La empresa contrató a otra trabajadora ( Elisabeth ) del 23 al 28 de octubre (por obra o servicio determinado) y a tiempo parcial (2 horas/día)

Del 4.11.2019 al 18.11.2019 a otra ( Encarna ) también temporalmente (eventual por circunstancias de la producción: Atender a usuarios de Estibaliz ) y a tiempo parcial (36 horas/semana). Y a esta misma trabajadora y por 30 horas/semana del 2.12.2019 al 16.12.2019, para atender a usuarios de Frida , contrato que las partes acordaron prorrogar el 17.12.2019 para cobertura de vacaciones de la auxiliar Isidora a razón de 11 horas/semana hasta el 31.12.2019. Esta trabajadora ya había prestado servicios para la demandada en períodos anteriores y también temporalmente, y volvió a hacerlo del 1.06.2020 al 15.06.2020.

En fecha 10.12.2019 contrató a otra ( Julia ) también temporalmente (interinidad por sustitución de D<sup>a</sup> Melisa durante baja médica) y a tiempo parcial (365 horas/semana).

Del 11.12.2019 al 17.01.2020 a otra ( Modesta ) también temporalmente (interinidad por sustitución de D<sup>a</sup> Estibaliz durante baja médica) y a tiempo parcial (36 horas/semana).



**DECIMOPRIMERO.-** Que la actora no ostentaba cargo de representación de los trabajadores.

**DECIMOSEGUNDO.-** Con fecha 4.12.2019 se celebró el preceptivo acto de conciliación previo a la vía jurisdiccional que la actora había instado el 22.11.2019 con el resultado de SIN AVENENCIA.

**F A L L O:** Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Ángela contra la empresa DIRECCION002 ., debo declarar y declaro nulo el despido producido con efectos del 25.10.2019, condenando a la demandada a readmitir a esta trabajadora en iguales condiciones de trabajo existentes al tiempo del despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que esa readmisión tenga lugar a razón de 3777 €/día, y otros 6.251 € en concepto de indemnización por el daño moral inherente a la vulneración de derechos fundamentales sufrida."

**TERCERO.** - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por D<sup>a</sup> Ángela y la empresa DIRECCION002 ., siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia número 202/2020 del Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño, de fecha 23-10-2020, se han interpuesto sendos recursos de suplicación por parte de la empresa DIRECCION002 . y de la demandante D<sup>a</sup> Ángela ; y como en el primero de ellos se solicita la revisión de los hechos probados, procede entrar en primer lugar en su estudio.

**SEGUNDO.-** En el primero de los motivos de dicho recurso, y bajo el adecuado amparo procesal de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el letrado recurrente solicita la modificación del hecho probado primero, proponiendo el siguiente texto alternativo:

*"La demandante venía prestando sus servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad del 09.09.2019, con categoría profesional de auxiliar de ayuda a domicilio y salario bruto diario de 19'37 (ipp)".*

En apoyo de dicha pretensión revisoria cita los documentos número 1 y 2 de los aportados en el acto de la vista oral por la demandada.

Documentos que, por cierto, aporta el recurrente junto con el recurso, y que no merecen ser acogidos en este momento procesal, ya que, como el propio recurrente manifiesta, ya fueron aportados en el acto del juicio, y valorados por la magistrada de instancia en su sentencia.

**TERCERO.-** Como con reiteración ha venido declarando esta Sala - entre otras en Sentencias de 10 y 11 de octubre de 2.017 y 1 y 22 de marzo de 2018, siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 6.4.2006, 20.2.2007 y 15.10.2007- para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por el Magistrado de instancia, han de cumplirse los siguientes requisitos :

a) Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.

b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio .

c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba-.

d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez "a quo" en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.

e) La alegación de inexistencia de pruebas, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", carece de eficacia revisora en suplicación, dadas las amplias facultades que el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, actual Art. 97 de la LRJS, otorga al Juzgador "a quo" para la apreciación de los elementos de convicción.

f) En el caso de dictámenes periciales contradictorios, debe aceptarse, en principio, el que haya servido de base a la resolución recurrida, es decir, el admitido como prevalente por el Juez "a quo", a no ser que se demostrase palmariamente el error en que éste hubiere podido incurrir en su elección, por tener el postergado o rechazado una mayor credibilidad, dada la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar de mayor fuerza de convicción.



g) El error debe ser concreto, evidente y cierto, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, ni puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose, por ello, de una actividad de ponderación por parte del juzgador.

Así las cosas, y aplicando la jurisprudencia transcrita al supuesto examinado, el motivo no puede prosperar, pues, como expresa la Magistrada de instancia - en su fundamento de derecho primero- " Los hechos probados en el presente procedimiento son producto de la conjunta valoración de la prueba practicada en el acto de la vista oral, en concreto documental aportada por las partes y unida a sus respectivos ramos de prueba, así como conversación (chat) de whatsapp y audio de llamada telefónica mantenidos por la actora con la encargada de la empresa D<sup>a</sup> Lorenza cuya integridad adveró la pericial también practicada a instancia de la actora y testificales practicadas, con el alcance que respecto a esta últimas se dirá.

La antigüedad y salario regulador acogido se corresponden con los propugnados por la actora, correspondientes al inicio de relación laboral en virtud de primer y único contrato suscrito por las partes, siendo el salario regulador el que correspondía según/convenio y volumen de jornada (completa) que venía desarrollando a su cese (concordante además con el importe de nóminas abonadas en el período de 10.10.2019 a 24.10.2019)."

A mayor abundamiento, dicha Magistrada vuelve a referirse al salario bruto diario y al examen de toda la prueba practicada al respecto en el fundamento de derecho cuarto.

Además, como afirma el letrado impugnante del recurso, los documentos aportados como nº 2 ni siquiera aparecen firmados por la representación de la demandada, ni por otras personas apoderadas, ni, por la hoy actora; ni consta firma de otra persona u organismo, ni el registro o la recepción acreditativa correspondiente.

**CUARTO.-** En el segundo de los motivos, y bajo el mismo amparo procesal, solicita la adición de un nuevo hecho probado, que sería el sexto -con el consiguiente corrimiento del resto de los ordinales-, con el siguiente tenor literal: " **Sexto.- En fecha 11 de octubre de 2019 se comunicó por la empresa DIRECCION002 al Servicio Público de Empleo Estatal el contrato con identificador NUM001 , con el código 402, con fecha de inicio el 10/10/2019 y fecha fin el 24/10/2019.**"

En apoyo de dicha pretensión revisoria vuelve a citar el documento nº 2 antes referido.

Pues bien, por las mismas razones ya apuntadas procede el rechazo de este motivo.

**QUINTO.-** En el tercero de los motivos del recurso, esta vez bajo el adecuado amparo procesal de la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social el Letrado recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 8-2; 15-1-b; y 49-1-c) del Estatuto de los Trabajadores; así como de los artículos 3; 8-1º-b) y 2º; y 9 del Real Decreto 2.720/1.998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de duración determinada; y del artículo 6-4 del Código Civil.

En definitiva, en opinión del letrado recurrente, la relación laboral que unía a las partes se inició mediante un contrato temporal a tiempo parcial desde el día 9 de septiembre de 2019 al 9 de octubre de 2019, prorrogándose el mismo hasta el día 24 de octubre de 2019, mediante un nuevo contrato temporal, esta vez a tiempo completo. De modo que esta última fecha era la de finalización de la relación laboral existente entre ambas partes.

Sin embargo, de la relación de los hechos probados no se desprende la vulneración de los artículos citados.

En efecto, consta como hecho probado cuarto que tras la suscripción del contrato a tiempo parcial suscrito el día 9 de septiembre de 2019, y que concluía el 9-octubre-2020, "por la empresa se comentó a la actora la posibilidad de incorporarla a su plantilla para hacer las suplencias que pudieran surgir y cubrir plaza de próxima asignación, siempre en Torrecilla (municipio en que reside la actora) o alrededores; oferta que la actora aceptó el 19 de septiembre de 2019; solicitando se le indicara la fecha de inicio para preavisar baja voluntaria en pizzería en la que estaba trabajando como camarera; indicándole la empresa dos horas después que sería el 10 de octubre. Seguidamente y por la actora se solicitó duración por la que formalizarían contrato, a lo que se le respondió que "siempre el primer contrato se hace de 6 meses y luego indefinido".

De donde se desprende, con claridad meridiana, que el primer contrato inicial temporal va seguido de un contrato indefinido. Sin que sea óbice a dicha contratación el que se efectuara de forma verbal, toda vez que el artículo 8-1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que "el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra".

**SEXTO.-** En el cuarto de los motivos del recurso, y bajo el mismo amparo procesal, el Letrado recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 9-3; 14 y 24 de la Constitución Española; de la Directiva Comunitaria 92/85 C. E. E., del Consejo, de 3 de junio, sobre protección de la maternidad; de la Ley 39/1999, de



5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas; del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores; del artículo 108-2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; y del artículo 3-1 del Código Civil.

En definitiva, en opinión de letrado recurrente, "consideramos que de la prueba practicada no se puede llegar a la convicción de que el móvil del cese de la actora tenía como fundamento una discriminación hacia la misma por su estado de **embarazo**, dado que no puede aplicarse automáticamente el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores".

1.- Cuando se invoca la lesión de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, desde la STC 38/81, copiosa y unánime doctrina constitucional, de la que son muestra, entre otras muchas, sus sentencias 31/14, 140/14, 183/15 y 203/05, ha establecido los siguientes criterios respecto a las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, que tienen reflejo legal en los Arts. 96.1 y 181.2 LRJS:

a) Partiendo de la especial dificultad de probar la lesión de derechos fundamentales que normalmente se materializa en conductas enmascaradas y ocultas bajo una apariencia de legitimidad, y de la situación de especial privilegio de los derechos fundamentales y libertades públicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para garantizar su adecuada protección, se establece una modulación o flexibilización de la carga de la prueba que normalmente recae sobre el demandante, exigiéndosele solo la aportación de indicios de que se ha producido una lesión del derecho fundamental, y una agravación de la que pesa sobre el demandado, al que, una vez cumplido el anterior presupuesto, corresponde la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

b) Así, corresponde al trabajador aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, estando dirigido dicho principio de prueba a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél.

Indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, admitiéndose diversos grados de intensidad en tal prueba indiciaria, de modo que al efecto tienen aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la agresión del derecho fundamental, como aquellos otros que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar más fácilmente neutralizables, sean de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de que la vulneración se ha producido.

Pero, en cualquier caso, deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

Cuando la sospecha o apariencia de la violación del derecho fundamental se pretende hacer descansar en una inferencia derivada de la relación entre diversos hechos, será exigible una conexión lógica entre todos ellos que encuentre fundamento en algún nexo causal.

c) Sólo una vez que resulte cumplido ese primer e inexcusable deber por parte del demandante, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

Se trata de una auténtica carga probatoria 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, exigiéndose, en definitiva, que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, neutralizando los indicios de que aquella ocultaba la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Como consecuencia de ello, la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador.

2.- La anterior doctrina constitucional ha sido recogida por la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS en innumerables sentencias (entre las más recientes 26/04/18, Rec. 2340/16; 20/07/18, Rec. 2798/16; 26/09/18, Rec. 158/16; 2/10/18, Rec. 183/17), y por esta Sala en SS de 3/05/18, Rec. 117/18; 31/05/18, Rec. 140/18; 7/06/18, Rec. 142/18, entre otras muchas.

**SÉPTIMO.-** Tampoco dicho motivo merece favorable acogida. Como ya se ha dicho con anterioridad la empresa demandada le había comentado a la actora la posibilidad de incorporarla a la plantilla durante seis meses y luego de manera indefinida siendo aceptada dicha oferta por la trabajadora el día 19 de septiembre de 2019.



También consta como hecho probado que el día 14 de octubre de 2019 la actora comunicó a la representante de la empresa que se encontraba embarazada de dos meses; y que la empresa "le anunció que ello impedía su contratación de la forma ofertada" -hecho probado séptimo-.

De modo que -como afirma la Magistrada de instancia, en su fundamento de derecho cuarto- "siendo el **embarazo** el motivo por el que la empresa puso fin a esta relación laboral procede declarar nulo el despido habido.

Basta escuchar la grabación efectuada de la conversación mantenida entre la trabajadora y Cidania -como efectiva representante de la empresa-, el día 15 de octubre de 2019, para colegir, sin ningún género de dudas que la empresa despidió a la actora al enterarse que estaba embarazada.

**OCTAVO.-** El quinto y último de los motivos será estudiado conjuntamente con el único motivo del recurso formulado por la parte actora, dada su evidente similitud.

El letrado de la empresa demandada denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 55-5 del Estatuto de los Trabajadores; del artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y del artículo 14 de la Constitución, en relación con la Directiva Comunitaria 85/1992 del Consejo; así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por su parte, el letrado de la trabajadora denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 17 y 55-5 del Estatuto de los trabajadores, en relación con los artículos 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; 39 y 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones -R. D. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto- 14 y 39 de la Constitución y 1902 y 1-101 del Código Civil; así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En definitiva, en opinión del letrado de la empresa "ante la ausencia total de elementos probatorios objetivos que los avalen, al no haberse aportado al procedimiento indicio alguno del daño causado a la actora distinto del perjuicio genérico causado por el hecho del propio despido, entendemos que no puede establecerse indemnización alguna".

Por su parte, el letrado de la trabajadora considera que sí que procede que "se reconozca una indemnización por valor de 25.000 €, o en cuantía de 18.275 €, o, cuanto menos, en el tramo de 12.502 €, valorándose las circunstancias agravantes concurrentes".

**NOVENO.-** La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de febrero de 2018 (rec. 274/2016) -seguidas por esta Sala de lo Social de La Rioja, entre otras en sentencias de 17-9-2018 y 8-11-2018-, con respecto a este tema de la indemnización por daños morales causados por vulneración de derechos fundamentales, aunque referido a la libertad sindical, ha establecido la siguiente doctrina, reproducida en la sentencia de 6 de junio de 2018 (rec. 149/2017):

<<Las SSTs 17-diciembre-2013 (rco 109/2012 ), 8-julio-2014 (rco 282/2013 ), 2-febrero-2015 (rco 279/2013 ), 26-abril-2016 (rco 113/2015 ) o 649/2016 de 12 julio ( rec. 361/2014 ) exponen lo siguiente acerca de la indemnización por daño moral cuando existe vulneración de derecho fundamental ( arts. 179.3 , 182.1.d , 183.1 y 2 LRJS ):

*El art. 15 LOLS ... establece, en términos imperativos, que "Si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará ... la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas" y la LRJS, en desarrollo y concreción de tal norma, tratándose especialmente de daños morales, de difícil determinación y prueba por su propia naturaleza, y acorde con la jurisprudencia constitucional, ha flexibilizado la interpretación que de tales extremos se venía efectuando por un sector de la jurisprudencia ordinaria.*

*En este sentido, en la LRJS se preceptúa que:*

a) *"La demanda ... deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y 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" ( art. 179.3 LRJS ), de donde es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización;*

b) *"La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: ... d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en*



la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 " ( art. 182.1.d LRJR), de tal precepto, redactado en forma sustancialmente concordante con el relativo al contenido de la sentencia constitucional que otorgue el amparo ( art. 55.1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional -LOTC ), se deduce que la sentencia, como establece el citado art. 15 LOLS , debe disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo expresamente la indemnización, con lo que la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la "integridad" del derecho o libertad vulnerados;

c) "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" ( art. 183.1 LRJS ), se reiteran los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización , así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental;

d) "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" ( art. 183.2 LRJS ), deduciéndose que respecto al daño, sobre cuyo importe debe pronunciarse necesariamente el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. ex art. 179.3 LRJS ), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño", es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención; y

e) Finalmente, la importancia de la integridad en la reparación de las víctimas de los vulnerados derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la indemnización procedente, se refleja en la esencial función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso social declarativo y de ejecución, al disponerse que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas ..." ( art. 177.3 LRJS ) y que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas" ( art. 240.4 LRJS )>>.

#### 4. Consideraciones específicas.

A) El recurrente, aunque formula este motivo de manera lógicamente subsidiaria, considera la indemnización no ajustada a Derecho e insiste en que no se ha producido vulneración de la libertad sindical. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal, al fracasar el primero de los argumentos (no hay vulneración de libertad sindical) también decae el segundo de ellos (no hay perjuicio).

B) Siguiendo la pauta de las sentencias reseñadas, acreditada la vulneración de la libertad sindical debe fijarse la cuantía de la indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados (arg. ex art. 183.1 LRJS ). Concretada en este caso la pretensión indemnizatoria de la parte demandante a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado perjuicios materiales concretos, para cumplir con el deber de cuantificar el daño, puede determinarse prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para 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 (arg. ex arts. 179.3 y 183.2 LRJS ).

C) A falta de otros datos trascendentes aportados y justificados, nuestra jurisprudencia admite como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales el acudimiento a los criterios de la LISOS. El artículo 7.7 tipifica como falta grave la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos. A su vez, el artículo 40.1.a) contempla como sanción una multa en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

... Por su parte la sentencia de 26 de abril de 2016, recurso 113/2016 establece:



"En la STS 2 febrero 2015 (rec. 279/2013 ) hemos repasado la evolución de nuestra jurisprudencia y anotado los cambios que ha de comportar la regulación de la LRJS que ahora debemos aplicar. Aún después de ella se considera válida la doctrina conforme a la cual el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable. Asimismo, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional ( STC 247/2006 ) y pueda seguir teniéndose como parámetro razonable.

La inmediatez característica del proceso laboral en la instancia se proyecta a la hora de precisar el concreto alcance que deba tener la indemnización de daños y perjuicios contemplada en la LRJS. De hecho, en alguna ocasión, a la vista de su artículo 183 , hemos llegado a entender que solo excepcionalmente cabe revisarlo en casación, "al ser competencia de la Sala de instancia fijar libremente su importe" (STS 30 abril 2014, rec. 213/2013 ). Asimismo, la STS 5 febrero 2015 (rec. 77/2014 ) pone de relieve el diferente modo en que ha de abordarse la fijación por los daños sufridos (necesitados de su acreditación) y por los daños y perjuicios morales (donde la determinación posee elevadas dosis de discrecionalidad)".

... Tal y como ha quedado anteriormente consignado, la jurisprudencia de la Sala ha establecido que el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable. Asimismo, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional ( STC 247/2006 ) y por la de esta Sala y pueda seguir teniéndose como parámetro razonable>>.

El Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, tipifica en su artículo 7.7 como infracción grave "La transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales", en su artículo 8.11 como infracción muy grave "Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores". Y en su artículo 40.1.c) establece las siguientes sanciones pecuniarias que pueden imponerse para las infracciones calificadas como muy graves: "Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros".

Así pues, la sentencia de instancia ha procedido a fijar una cuantía indemnizatoria igual a las que correspondería a la multa con que sería sancionada la empresa con arreglo a los artículos 8-11 y 40 de la LISOS, imponiendo la sanción correspondiente a la falta muy grave, en su grado mínimo; por lo cual la cantidad fijada no puede ser considerada desorbitada, injusta, desproporcionada o irrazonable en relación con las circunstancias del caso. Debiendo esta Sala, en aplicación de la jurisprudencia expresada, respetar la indemnización en su dimensión cuantitativa, fijada por la Magistrada de instancia en compensación del daño moral producido al demandante por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminada por razón de sexo; siendo una indemnización adecuada teniendo en cuenta que la actora apenas había trabajado mes y medio para la empresa demandada.

De modo que ambos motivos deben de ser desestimados.

DÉCIMO.- Así pues, y por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la parte actora y por la empresa demandada; debiendo confirmar la sentencia recurrida; y al no gozar la empresa recurrente del beneficio de justicia gratuita, procede condenarla a la pérdida de la consignación y del depósito constituido para recurrir, más a abonar al letrado impugnante de su recurso, en concepto de honorarios, la cantidad de 600 €, más, el IVA correspondiente; tal y como preceptúan los artículos 204-1 y 4; y 235-1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

VISTOS los artículos citados y los demás que son de general aplicación.

## FALLAMOS

Que, desestimando los recursos de suplicación interpuestos por la representación letrada de D<sup>a</sup> Ángela y la empresa DIRECCION002 . contra la sentencia nº 202/2020 del Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño de fecha 23-10-2020, recaída en autos promovidos por D<sup>a</sup> Ángela contra la empresa recurrente; habiendo sido parte el **MINISTERIO FISCAL** y el **FOGASA**, en reclamación por despido, debemos **confirmar** y confirmamos dicha sentencia; condenando a la empresa recurrente a la pérdida de la consignación y del depósito constituido para recurrir, más a abonar al letrado impugnante de su recurso, en concepto de honorarios, la cantidad de 600 €, más el IVA correspondiente.



Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una Oficina del **BANCO DE SANTANDER** se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 2268- 0000-66-0022-21, Código de Entidad 0030 y Código de Oficina 8029.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta núm.0049 3569 92 0005001274, código IBAN. ES55, y en el campo concepto: 2268-0000-66-0022-21.

Pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

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

E./

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado-Ponente, **Ilmo. Sr. D. IGNACIO ESPINOSA CASARES**, celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

DILIGENCIA