



Rollo número 266/2013
Sentencia número 303/2013

A.

NOT: 1/07/13

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:
D. CARLOS BERMÚDEZ RODRÍGUEZ
D. JOSÉ-ENRÍQUE MORA MATEO
D. JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE

En Zaragoza, a diecinueve de junio de dos mil trece.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 266 de 2013 (Autos núm. 738/2012), interpuesto por la parte demandante D^a [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Zaragoza, de fecha 13 de marzo de 2013; siendo demandado FUNDACIÓN EL TRANVÍA, siendo parte el MINISTERIO FISCAL sobre despido. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a _____, contra Fundación el Tranvía, siendo parte el Ministerio Fiscal sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social número 5 de Zaragoza, de fecha 13 de marzo de 2013, siendo el fallo del tenor literal siguiente:

“Que estimando la demanda interpuesta por D^a _____ contra la empresa FUNDACIÓN EL TRANVIA, declaro la improcedencia del despido de la actora acordado por la demandada y, en consecuencia, condeno a esta última a que a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, proceda a la readmisión de la trabajadora demandante en las mismas condiciones que regían antes de procederse al despido, o bien a abonarle una indemnización de 4.200,76 euros, debiéndose pagar a la trabajadora, exclusivamente en caso de optarse por la readmisión, los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido (26-06-12) hasta la notificación de la sentencia, quedando extinguida la relación laboral en el momento en el que el empresario opte por la no readmisión, y entendiéndose, caso de no ejercitar la opción el empresario en el plazo indicado, que procede la readmisión.”

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

“PRIMERO.- Que D^a _____ con D _____, ha venido prestando servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa FUNDACIÓN EL TRANVIA, con antigüedad desde el 20-09-10, categoría profesional reconocida de técnico de servicios sociales, y salario de 1.607,77 euros brutos mensuales, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Que desde el inicio de la relación laboral se sucedieron diversos contratos temporales sin solución de continuidad: de obra determinada y de interinidad, siendo el último de ellos un contrato de obra o servicio determinado, concertado el 1-11-11, constituyendo su objeto atender el CONVENIO DE COLABORACION SUSCRITO ENTRE LA FUNDACION EL TRANVIA Y LA FUNDACIÓN LA CAIXA PARA EL DESARROLLO INCORPORA 2011/2012 (folios 126 a 128).

TERCERO.- Que el convenio de colaboración mencionado tenía una vigencia prevista del 27-06-11 hasta el 26-06-12, renovándose hasta el 26-06-13.

CUARTO.- Que con fecha 11-06-12 la FUNDACIÓN EL TRANVÍA comunicó a la trabajadora que el próximo 26-06-12 finalizaba el contrato suscrito, quedando extinguida la relación laboral (folio 129).

QUINTO.- Que por burofax de fecha 7-05-12 se comunicó a la FUNDACION EL TRANVIA la constitución de la sección sindical de la CNT y la designación de la demandante como delegada sindical, realizando diversas actividades sindicales (detalladas en los HECHOS CUARTO A UNDÉCIMO de la demanda, que se dan por reproducidos).

SEXTO. - Que celebrado acto de conciliación terminó con el resultado de intentado sin avenencia.”.

- **TERCERO**.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandada y el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La controversia suplicacional se cñie a determinar si el despido de la actora debe declararse nulo. La sentencia de instancia declara improcedente el despido de la demandante. Contra esta sentencia recurre en suplicación la accionante, formulando un motivo al amparo del apartado b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que solicita la revisión del hecho probado sexto y la adición de hechos probados nuevos con los ordinales séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo.

Las pretensiones revisoras relativas a los hechos probados sexto y séptimo giran en torno a la intención de la empresa demandada de realizar un ERE y a la intervención de la actora respecto del mismo. Sin embargo, ninguno de los documentos en que se apoya estas pretensiones revisoras, obrantes a los folios 257, 1122 (estos autos no tienen 1122 folios), 112 y 226, demuestran la citada intención empresarial de realizar un ERE, lo que impide estimarlas.

SEGUNDO.- En cuanto al hecho probado octavo, la parte recurrente, comparando dos organigramas de la empresa demandada, uno anterior y otro posterior al despido de la actora, solicita que conste en el “factum” que el puesto de trabajo de la demandante se ocupó tras su despido por otra persona de la plantilla: D^a.

En el organigrama del folio 187, invocado por la parte recurrente en apoyo de su pretensión revisora, aparecen dos técnicas del área de prospección, una de ellas la actora. Y en el organigrama del folio 201, también señalado por la recurrente, aparecen dos técnicas del área de prospección diferentes, sin que los documentos en que se sustenta este motivo demuestren que D^a ocupara el puesto de trabajo de la demandante, lo que conduce al fracaso de esta pretensión revisora.

TERCERO.- El fracaso de la pretensión revisora anterior impide estimar la relativa al hecho probado noveno, postulando que se añada el tenor siguiente: “Que las funciones del departamento de procedencia de D^a (gestora de formación) son de diferente contenido a las que venía realizando la actora (prospección laboral)”. Al no haberse probado suplicacionalmente que esta trabajadora ocupe el puesto de trabajo de la actora, resulta irrelevante dicha revisión.

CUARTO.- En cuanto al hecho probado décimo, la parte recurrente pretende añadir al relato fáctico una afirmación genérica relativa a que “la antigüedad no es un criterio de permanencia en la empresa”. Para ello, invoca los documentos obrantes a los folios 192 y 213 de la causa: dos organigramas de la empresa demandada de junio y julio de 2012, en los que aparecen diferentes trabajadores. El recurrente sostiene que las trabajadoras que permanecen en la empresa tienen menos antigüedad que las que no lo hacen. Pero lo cierto es que no consta el motivo de la baja de las trabajadoras que cesaron en la empresa: si fue por su propia voluntad, por finalización de un contrato temporal... por lo que no cabe sino concluir que estos dos documentos no demuestran la certeza de la mentada afirmación genérica.

QUINTO.- Respecto del hecho probado undécimo, la parte recurrente lo sustenta en un folio impreso por ordenador, aportado por ella misma, obrante al folio 287 de la causa, sin firma ni autor, carente de eficacia revisora suplicacional, lo que conduce al fracaso de esta pretensión modificativa del relato histórico.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

SEXTO.- Por último, la parte recurrente pretende añadir un hecho probado duodécimo en el que conste que debido a la pérdida de salarios la actora ha tenido que cambiar de residencia. El documento en que se apoya esta pretensión revisora: el documento del Padrón Municipal de Habitantes del Ayuntamiento de Zaragoza obrante al folio 355 de la causa, acredita el cambio de domicilio de la actora. Pero no demuestra suplicacionalmente a qué se debió este cambio, por lo que procede introducir en el "factum" únicamente la mención al cambio de domicilio.

SÉPTIMO.- En el siguiente motivo del recurso, formulado al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 28.1 de la Constitución, del art. 2.1.d) de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical, del Convenio 135 de la OIT y de los arts. 1 y 181.2 de la LRJS, así como de la doctrina constitucional y jurisdiccional que cita, alegando, en esencia, que existe un nexo causal entre la actividad sindical de la actora y la extinción de su contrato de trabajo, por lo que debe declararse la nulidad de su despido.

La sentencia del TC nº 138/2006, de 8-5, se pronunció acerca de la prueba de la vulneración de los derechos fundamentales, argumentando que *"tratándose de la tutela frente a actos lesivos de derechos fundamentales, hemos subrayado de forma reiterada la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba (...)* La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre, FF. 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, F. 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, F. 5, y 85/1995, de 6 de junio, F. 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, F. 4), que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, F. 3, y 136/1996, de 23 de julio, F. 6, por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, F. 4 ; 136/1996, de 23 de juli, F. 4)".

OCTAVO.- La demandante prestaba servicios para la Fundación El Tranvía desde el 20-9-2010 en virtud de sucesivos contratos temporales para obra o servicio determinado y de interinidad. El último era un contrato para obra o servicio determinado concertado el 1-11-2011 para atender el convenio de colaboración suscrito por la Fundación el Tranvía con la Fundación La Caixa, con una vigencia prevista del 27-06-2011 hasta el 26-06-2012, renovándose hasta el 26-06-2013.

Por burofax de fecha 7-05-2012 se comunicó a la empresa demandada la constitución de la sección sindical de la CNT y la designación de la demandante como delegada sindical, realizando diversas actividades sindicales: remitió un escrito el 7-5-2012 como delegada sindical al Departamento de Recursos Humanos de la empresa demandada concertando una reunión entre la empresa y la sección sindical de CNT para presentar la sección; un segundo escrito con la misma fecha exponiendo irregularidades de las trabajadoras representadas en materia de antigüedades, despidos y ceses, solicitando su subsanación; otro escrito el 18-5-2012 relativo al cese de una trabajadora, solicitando contestación a la mayor



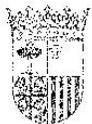
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

brevedad posible, indicando que en caso contrario interpondrían papeleta de conciliación y posterior demanda; el 7-6-2012 remitió otro escrito agradeciendo la información remitida a los trabajadores en la reunión de 6-6-2012 pero manifestando que era insuficiente por lo que tenía intención de remitir a la fundación una circular detallada de la información concreta que necesitábamos. El 11-6-2012 la empresa demandada comunicó a la actora que el próximo 26-06-2012 finalizaba el contrato suscrito, quedando extinguida la relación laboral.

NOVENO.- A la vista de los citados extremos, forzoso es concluir que se ha acreditado la existencia de indicios de la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical del art. 28 de la Constitución, al existir una conexión temporal entre 1) la comunicación a la empresa el 7-05-2012 relativa a la constitución de la sección sindical de la CNT y la designación de la demandante como delegada sindical, y 2) la actividad sindical efectuada, realizándose el 7-6-2012 la última reivindicación sindical; y la comunicación empresarial efectuada el 11-6-2012 relativa a la extinción de su relación laboral el 26-06-2012.

DÉCIMO.- Al haberse acreditado la existencia de indicios de la vulneración de un derecho fundamental, incumbía al demandado probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales, acreditando la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (sentencias del TC nº 17/2003, de 30-1; 188/2004, de 2-11; 3/2006, de 16-1 y 183/2007, de 10-9 y arts. 179.2 y 96 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral), no habiéndolo acreditado la empresa demandada.

En efecto, en la presente litis no se ha probado que el despido de la actora fuera ajeno al móvil vulnerador de derechos fundamentales porque la Fundación La Caixa renovó el convenio de colaboración que constituía el objeto del contrato temporal suscrito por la demandante y la empresa demandada, careciendo de justificación la extinción de su contrato de trabajo. Por ende, no se ha probado que el despido de la demandante tenga causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, no pudiendo esta Sala sino



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

concluir que el despido de la accionante vulneró el art. 28 de la Constitución, por lo que procede estimar el recurso de suplicación, revocando la sentencia de instancia, declarando nulo el despido de la actora.

UNDÉCIMO.- La parte actora reclama una indemnización de 7.000 euros en concepto de reparación de los daños y perjuicios morales causados, invocando la doctrina establecida en la sentencia del TC 247/2006 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13-6-2007, que los cuantifica conforme al importe de las sanciones administrativas establecidas en la Ley de infracciones y sanciones del orden social (LISOS), alegando asimismo la situación económica de necesidad de la actora, que le ha obligado a buscar un domicilio diferente y más barato.

La LISOS tipifica las conductas merecedoras de sanción en el ámbito social y regula las correspondientes sanciones pecuniarias. Pero en la presente litis no se está enjuiciando una sanción administrativa. Por consiguiente, la aplicación de las cuantías sancionadoras de la LISOS a la determinación de la indemnización reparadora del daño moral causado por una conducta vulneradora de un derecho fundamental, solo puede realizarse invocando la aplicación analógica de las normas prevista en el art. 4.1 del Código Civil. Y la aplicación analógica de una norma a un supuesto diferente requiere que haya identidad de razón entre ambos supuestos, so pena de incurrir en una aplicación arbitraria de normas. A juicio de esta Sala, no existe “eadem ratio” entre la sanción prevista para una infracción administrativa, que en principio atiende a la gravedad de su antijuridicidad, y el cálculo de la indemnización por daños morales derivados de la violación de un derecho fundamental. Una conducta tipificada por la LISOS como una infracción leve puede causar un daño moral gravísimo a un trabajador y al revés: otra conducta tipificada como falta muy grave puede causar un daño moral menor, porque se trata de cuestiones ontológicamente distintas.

DUODÉCIMO.- Las sentencias del TS de 11 de junio de 2.012, recurso 3336/2011 y 15 de abril de 2013, recurso 1114/2012, argumentaban: “no puede obviarse que desde que la STS/Fª 06/12/1912 dio carta de naturaleza al daño moral, el mismo siempre se ha ubicado en la exégesis de la amplia fórmula «reparar el daño causado» utilizada por el art. 1902 CC (bajo la idea de impacto o sufrimiento psíquico/espiritual que en el interesado puede producir la vulneración de ciertos

derechos), y que como daño que es también ha de ser objeto de prueba, lo mismo que el daño material, sin que surja de manera automática. Y sin perjuicio de las consecuencias que en este orden probatorio de que tratamos la Sala pueda deducir de la nueva regulación -que en principio parece más flexible- contenida en los arts. 179.3 y 183.2 LRJS, en la vigente doctrina de la Sala se mantiene, superada la tesis de la «automaticidad de la indemnización» (SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92 ; y 08/05/95 -rco 1319/94), que la prueba de la violación del derecho no determina automáticamente la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios, sino que es precisa la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo, y que los mismos resulten acreditados (SSTS 22/07/96 -rco 3780/95-; 24/10/08 -rcud 2463/07-; 06/04/09 -rcud 191/08-; 24/06/09 -rcud 622/08; y 09/03/10 -rcud 4285/08-)"

La citada sentencia de 15 de abril de 2013 continúa argumentando: “En esa doctrina se sostiene reiteradamente que lo establecido en los arts. 15 LOLS y 180.1 LPL «no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase» (STS 22/07/96 -rco 7880/95-)”.

DECIMOTERCERO.- La citada doctrina jurisprudencial aplicaba la regulación legal de la indemnización reparadora en las modalidades procesales de tutela de derechos fundamentales prevista en la extinta LPL, cuyo art. 181, párrafo segundo, establecía:

“Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera

discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores”.

La LRJS ha modificado esta materia. Su art. 183 establece:

“1. 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.

2. 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.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales”.

La expresión: “en su caso” parece indicar que el texto legal rechaza la automaticidad en la fijación de la indemnización. Pero a continuación establece que el Tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño.

DECIMOCUARTO.- En el supuesto enjuiciado, no ofrece duda que el despido de la actora, poco después de que inició su actividad sindical en la empresa, le ha causado un daño moral, además del perjuicio consistente en no poder haber ejercido su función sindical durante el lapso temporal en que la relación laboral ha estado extinguida, aunque la demandante no haya probado que debido al despido se encuentre en una situación económica de necesidad que le ha obligado a buscar un domicilio más barato. Y en la demanda rectora de la presente litis se mencionan las bases y elementos que la parte actora considera que son claves para el cálculo de la indemnización que reclama, remitiéndose a la LISOS.

A juicio de esta Sala, no es dable fijar una indemnización de 7.000 euros por aplicación de la infracción muy grave del art. 8 y de la sanción del art. 40 de la LISOS, tal y como postula la actora. Pero este Tribunal sí que debe pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente, "ex" art. 183.2 de la LRJS, a la vista de las circunstancias concurrentes, prolijamente descritas en los fundamentos de derecho anteriores, en la cuantía de 1.000 euros.

En atención a lo expuesto,

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación, revocando la sentencia de instancia, estimando la demanda interpuesta por D^a. contra la empresa Fundación El Tranvía, declarando la nulidad del despido de la actora, condenando a esta última a la inmediata readmisión de la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir, así como al pago de una indemnización de 1.000 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.

- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

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

