

**Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, Sentencia 430/2018 de 5 Jul. 2018, Rec. 335/2018**

**Ponente: Cano Murillo, Alicia.**

**Nº de Sentencia: 430/2018**

**Nº de Recurso: 335/2018**

**Jurisdicción: SOCIAL**

Una empresa deberá pagar 18.000 € por daños morales tras despedir a una empleada que solicitó días libres para preparar la grave operación de su hijo

DESPIDO DISCIPLINARIO. Nulidad. Vulneración de la garantía de indemnidad. El despido basado en desobediencia en el trabajo fue comunicado inmediatamente después de que la trabajadora pidiese adelantar sus vacaciones por la operación inminente de su hijo afectado por una cardiopatía severa. Prueba indiciaria. Reversión de la carga probatoria. Es cierto que la trabajadora todavía no había reclamado judicialmente, pero se advierte vulneración de la indemnidad porque si le hubiese dado tiempo a reclamar, lo hubiese hecho. Se concede una indemnización de 18.000 euros por los daños morales causados en esta penosa situación familiar. Sus dos hijos están afectados por la misma dolencia y su padre había fallecido días antes por la patología.

*El TSJ Extremadura estima el recurso interpuesto por la trabajadora, revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Cáceres y condena a la empresa a 18.000 euros por daños morales tras despido disciplinario nulo.*

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL**

**CACERES**

SENTENCIA: 00430/2018

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL**

**CACERES**

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES**

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 620246

**TIPO Y Nº DE RECURSO: SUPPLICACIÓN Nº 335 /18**

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA Nº 379/2017 JDO. DE LO SOCIAL nº 3 de CÁCERES

Recurrente/Recurrido: D.ª Tamara

**Abogado/a: D.ª MARÍA JOSÉ IGLESIAS TORO**

**Recurrente/Recurrido: LIDL SUPERMERCADOS S.A.U**

**Abogado/a: D. LUIS FERNÁNDEZ-CONDE SANCHO**

**Recurrido/s: MINISTERIO FISCAL**

**Ilmos. Sres.**

**D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ**

**D<sup>a</sup> ALICIA CANO MURILLO**

**D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU**

En CÁCERES, a Cinco de Julio de dos mil dieciocho

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. DE EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA Nº 430 /18**

En el RECURSO SUPPLICACIÓN Nº 335/2018 , interpuesto por la Sra. Letrada D.<sup>a</sup> MARÍA JOSÉ IGLESIAS TORO, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Tamara , y por el Sr. Letrado D. LUIS FERNÁNDEZ-CONDE SANCHO, en nombre y representación de LIDL SUPERMERCADOS S.A.U., contra la sentencia número 26/2018, aclarada por auto de 27 de febrero de 2018, dictada por JDO. DE LO SOCIAL Nº 3 DE CÁCERES, con sede en Plasencia , en el procedimiento DEMANDA nº 379/2017, seguido a instancia de D.<sup>a</sup> Tamara frente a la citada empresa también Recurrente y el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D. <sup>a</sup> ALICIA CANO MURILLO

De las actuaciones se deducen los siguientes:

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D.<sup>a</sup> Tamara presentó demanda contra LIDL SUPERMERCADOS S.A.U, habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 26/2018, de fecha Veinte de Febrero de dos mil dieciocho.

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados, una vez aclarada por auto de 27 de febrero de 2018 : "**PRIMERO** .- Doña Tamara ha prestado servicios para la empresa Supermercados LIDL S.A.U., desde el 18 de junio de 2004, con la categoría de Adjunto Responsable de tienda, que ostenta desde el inicio de relación laboral, con un salario de 1.889,17 euros mensuales, con prorrateo pagas extras, en el centro de trabajo sito en la localidad de Plasencia . **SEGUNDO** .- Las partes se rigen en sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo de empresa. **TERCERO** .- El día 13 de marzo de 2017 falleció el padre de la trabajadora. **CUARTO** .- Dos días después, el 15 de marzo de 2017, la trabajadora acudió con su hijo de dos años, que padece una patología cardíaca congénita compleja (estenosis aórtica y pulmonar) a una revisión en el Hospital DIRECCION000 de Madrid donde se les informa que la patología del menor había pasado a severa y por tanto a operable aunque los médicos estimaron esperar un tiempo. La trabajadora tiene otra hija, de tres años de edad, con la misma patología que su hermano. La trabajadora comunicó esta circunstancia al Jefe de Tienda, Sr. Jose Luis , y a tal fin acordaron un cambio de las vacaciones que la trabajadora tenía asignadas para el mes de abril. **QUINTO** .- Posteriormente, en el 18 de mayo de 2017 la trabajadora recibió una carta del Hospital en la que ponía en su conocimiento que su hijo iba a ser intervenido y que con fecha 12 de mayo de 2017 había quedado incluido en lista de espera. Una vez recibida la carta, sobre las 16:15 horas, la trabajadora telefoneó al Jefe de Tienda, Sr. Jose Luis , a fin de poner en conocimiento de la empresa la nueva situación de su hijo, comunicándole que le darían días si los necesitaba. El Jefe de tienda a su vez comentó esta situación con el Jefe de Ventas, Sr. Juan Manuel , (interrogatorio Sr. Jose Luis ).Hasta ese momento, el tratamiento de los hijos de la trabajadora tan sólo requerían de revisiones por parte de los facultativos, aprovechando la trabajadora sus días de libranza para acudir a las citas médicas.

El menor fue intervenido de su cardiopatía el 13 de septiembre de 2017. **SEXTO** .- Al día siguiente, 19 de mayo de 2017, la empresa entregó a la trabajadora una carta, en la que se le participa la extinción de la relación laboral que

vincula a las partes, con fecha de efectos de ese mismo día 19 de mayo de 2017, y ello basado en causas disciplinarias, al amparo del artículo 54.2.b) del ET, indisciplina o desobediencia en el trabajo, y el artículo 49.B.8) del Convenio colectivo de empresa, incumplimiento voluntario o negligencia grave en la ejecución de los métodos de trabajo establecidos por la empresa, siempre que estuviese debidamente formada. La reincidencia de este incumplimiento será considerada como falta muy grave, relatando en dicha carta incumplimientos deliberados de sus obligaciones en relación con el control de frescura de la fruta, verdura, carne, pan, productos de nevera y productos que se encuentran dentro del periodo de retirada; incumplimientos relativos al cartel publicitario; dejar un cajón de recaudación sin control y consumo de alimentos sin haber abonado previamente su importe. (Carta de despido aportada junto con la demanda, cuyo contenido se da por reproducido) **SÉPTIMO** .- El día 22 de mayo de 2017 la trabajadora tuvo que acudir a urgencias por un episodio de ansiedad grave reactiva, iniciando el 23 de mayo de 2017 un periodo de incapacidad temporal. **OCTAVO** .- El responsable o jefe de tienda siempre tiene asignado el turno de mañana. Junto a él, y coincidiendo según los turnos, se encuentran los adjuntos responsables de tienda (en adelante ART), entre los que se encuentra la trabajadora y el Sr. Alfredo y también existen trabajadoras denominadas CPT, que asumen las funciones de responsables en ausencia del responsable o de los adjuntos al responsable. **NOVENO** .- La existencia de mermas y retirada de productos en las revisiones llevadas a cabo por el Jefe de Ventas, Sr. Juan Manuel, se apuntaban en un libro de revisión aunque no siempre, siendo este libro de carácter informativo (interrogatorio del Sr. Juan Manuel). Los productos que se retiran en las revisiones se incluyen en la merma total, se apuntan en un módem junto con el resto de mermas, que a su vez se vuelca a un libro-sumatorio donde se refleja el desglose completo del día. La existencia de mermas es habitual en todos los turnos y revisiones (testificales y mensajes al whatsapp del Sr. Jose Luis). Nadie en la empresa ha sido sancionado o despedido por ello. **DÉCIMO** .- Cuando el camión descarga fuera de las instalaciones no es posible oír el timbre de aviso para acudir a atender la línea de caja de cobro a los clientes. **UNDÉCIMO** .- El cajón con el dinero de la recaudación normalmente se deja encima de la mesa de la oficina. Todos procedían de la misma manera. El acceso a la zona de oficinas se encuentra restringido y sólo es posible acceder a él introduciendo una clave digital de acceso para abrir la puerta que contaba con un muelle de cierre automático (testifical Sra. Rocío). **DUODÉCIMO** .- Era práctica habitual el consumir primeramente los productos de la tienda y luego abonarlos (testifical Sra. Rocío). **DECIMOTERCERO** .- La trabajadora nunca ha sido sancionada. **DECIMOCUARTO** .- Disconforme con la decisión extintiva, la trabajadora presentó papeleta de conciliación el día 23 de mayo de 2017 y el día 1 de junio de 2017 se celebró acto de conciliación, con resultado "sin avenencia". **DECIMOQUINTO** .- La trabajadora no ostenta, ni ha ostentado en el último año, la representación legal ni sindical de los trabajadores."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "**Se estima** la demanda presentada por Doña Tamara frente a Supermercados LIDL, S.A.U., y **se declara** que la decisión extintiva de la relación laboral notificada a la trabajadora por la empresa, constituye un despido nulo, por lesión de la garantía de indemnidad; y **se condena** a la empresa demandada, a que readmita a la demandante en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que existían antes del despido, con pago del importe de los salarios dejados de percibir, a razón de 62,11 euros diarios, desde la fecha de despido (19/05/2017) hasta el día de la readmisión."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D.ª Tamara y por LIDL SUPERMERCADOS S.A.U. interponiéndolo posteriormente. El recurso interpuesto por la trabajadora fue impugnado por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha Veintitrés de Mayo de Dos mil dieciocho.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló día para los actos de deliberación, votación y fallo.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** La sentencia de instancia estima la pretensión deducida de forma principal en la demanda y declara nulo el despido disciplinario de la trabajadora decidido por la empleadora mediante escrito de fecha 19 de mayo de 2017, con efectos desde la misma fecha, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y que constan en los antecedentes de hecho de la presente resolución, sin acoger la pretensión de la demandante de condenar a la demandada a abonar una indemnización de 18.000 euros.

Frente a dicha decisión se alzan ambas partes en conflicto, impugnando la empresa el de la trabajadora.

**SEGUNDO:** Comenzando con el examen del recurso interpuesto por la empleadora, en un primer motivo, con amparo en el apartado a) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), denuncia la infracción del artículo 104 c) y 85.1 de la LRJS, por entender que la sentencia de instancia declara nulo el despido por infracción de la garantía de indemnidad, siendo que la demandante no alega en la demanda que el despido haya sido motivado por una acción represora ante el ejercicio (o el anuncio del ejercicio) de ninguna acción legal frente a la empresa por parte de la actora, que es lo que protege la garantía de indemnidad. De hecho en la demanda lo que hace constar la demandante es que el despido disciplinario no obedece a los motivos que expone la empresa en la carta de despido, sino "que viene motivado por manifestar mis circunstancias personales, ya que conlleva ejercer mis derechos como trabajadora para atender a mi hijo enfermo y la conciliación con la vida familiar que se me impide ejercer al despedirme...", considerando que tras la fase de contestación a la demanda, en réplica, la actora introdujo una serie de hechos nuevos que no debieron admitirse, por causar indefensión, teniendo en cuenta el tenor del artículo 105 de la LRJ(LA), habiendo efectuado su formal protesta.

Y tal pretensión no puede prosperar. En primer lugar, a la demandante, en la demanda, no le incumbe señalar precepto alguno, conforme dispone el artículo 80.1.c) de la LRJS. La trabajadora sólo está obligada a enumerar clara y concretamente los hechos sobre los que versa la pretensión y todos aquéllos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. Es más, el artículo 96 de la LRJS, dispone en su apartado 1 que "En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". Ello conecta con la doctrina del Tribunal Supremo, pudiendo citar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 23 de marzo de 2005 (RCUD 25/2004) que nos recuerda: "cuando se trata del ejercicio de la acción de despido la calificación del mismo no depende de lo que la parte diga o pida sino de lo que con arreglo a derecho proceda decir, por lo que no es incongruente una sentencia que declare la improcedencia de despido aunque se haya solicitado la nulidad por cuanto dentro de la acción de despido cabe hacer una u otra calificación de conformidad con las distintas previsiones que se contienen en el art. 55 ET, correspondiendo esa calificación al órgano jurisdiccional y no a la parte a la que lo único que le corresponde es la prueba de que dicho despido se produjo. En relación con esta cuestión esta Sala del Tribunal Supremo tiene dicho desde antiguo, así en STS de 20 de diciembre de 1989 que «por despido se entiende la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario» y que la «posible diversidad de efectos o resultados no tiene otra causa o razón que la distinta calificación jurídica que corresponde aplicar a esa única extinción contractual, calificación que ha de efectuarse necesariamente en la sentencia que recaiga en ese proceso después del examen, valoración y enjuiciamiento de todas las alegaciones, pruebas y datos que obren en autos». En este mismo sentido la STS de 28 de octubre de 1987 ya había dicho que «la calificación jurídica correspondiente al despido del trabajador es misión exclusiva del Magistrado de Trabajo quien a la vista del resultado de las pruebas verificadas en el acto del juicio procederá a calificarlo en Derecho, sin tener que atenerse ni vincularse a la que se ha hecho en la demanda, bastando con que el demandante impugne en su demanda el despido de que ha sido objeto»; y, en definitiva, la sentencia citada como contradictoria -la ya citada STS de 19 de junio de 1990-, apoyándose y ratificando tales argumentos declaró de forma paladina que «habiéndose pedido en el suplico de la demanda que el despido se declarase radicalmente nulo, no resulta incongruente con esta pretensión la sentencia que declara el despido improcedente o simplemente nulo». Esta doctrina merece la pena recordarla porque es igualmente aplicable en la actualidad a pesar de las diversas modificaciones que ha sufrido el art. 55 ET y de que aquellas sentencias no se dictaron en unificación de doctrina sino resolviendo recursos de casación tradicionales en razón de sus fechas, pero es la doctrina acomodada a derecho como lo acredita el hecho de que esta Sala, ya en unificación de doctrina, y aun no planteándose de manera frontal esta misma cuestión se haya pronunciado en multitud de ocasiones declarando la improcedencia de despidos que en la demanda habían sido calificados de nulos o de radicalmente nulos cuando ha estimado que no podía ser apreciada la causa de nulidad alegada -por todas STS 29-1-2001 (Rec. 1566/00 ( )".

Pero, es más, la sentencia de instancia no resuelve cuestión alguna que no haya sido planteada en la demandada. La relación de hechos probados no hace otra cosa, en lo que atañe a la vulneración de derechos fundamentales, que considerar acreditado los hechos invocados en la demanda y no otros, con lo que mal puede invocar indefensión la parte recurrente, remitiéndola al examen de la demanda y de la declaración fáctica contenida en la sentencia recurrida.

Cuestión distinta es que el recurrente no comparta que dichos hechos constituyen infracción de la garantía de indemnidad que consagra el artículo 24.1 de la CE , cuestión que no puede generar nulidad de clase alguna, siendo que tal alegato lo invoca, ahora sí, adecuadamente en el siguiente motivo de recurso.

**SEGUNDO:** En el segundo motivo, amparada en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS , la recurrente denuncia la infracción del artículo 55.5 del ET en relación con el artículo 24.1 de la CE y de la doctrina que cita.

En cuanto a lo que plantea el recurrente, nos recuerda la más reciente sentencia del Tribunal Supremo en la materia cuestionada, sentencia de 26 de abril de 2018, Recurso 2340/2016 , que resume la doctrina de dicho Tribunal y del Tribunal Constitucional, si bien en dicho supuesto declaró el despido improcedente y no nulo, no acogiendo la tesis de la recurrente, que aducía que se había producido una vulneración de la garantía de indemnidad ya que la empresa procede al despido objetivo del actor tras negarse este a firmar una novación de su contrato, que supondría pasar a ser trabajador fijo discontinuo:

"2.- La STC 183/2015, de 10 de septiembre razona acerca del contenido del derecho a la garantía de indemnidad , con el siguiente razonamiento: " Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. En suma, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad , lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva ( STC 16/2006, de 19 de enero - o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso ( STC 55/2004, de 19 de abril )- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (por todas, SSTC 14/1993, de 18 de enero , FJ 2); 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3 , o 6/2011, de 14 de febrero , FJ 2).

Por consiguiente, en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (por ejemplo, SSTC 14/1993, de 18 de enero , FJ 2 , y 3/2006, de 16 de enero , FJ 2 , de suerte que una actuación empresarial que cause un perjuicio y esté motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido (en el sentido amplio anteriormente indicado) debe ser calificada como radicalmente nula, por contraria a ese derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar las acciones derivadas de su contrato de trabajo ( art. 24.1 CE y art. 4.2 g) de la Ley del estatuto de los trabajadores ).

4. En las concreciones de lesión descritas no siempre puede apreciarse abiertamente la vinculación entre la medida empresarial cuestionada y la garantía de indemnidad que integra el art. 24.1 CE , articulándose comúnmente la dinámica procesal con base en el esquema de la prueba indiciaria. Desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre , hemos ido perfilando el marco de efectividad de la tutela constitucional, los márgenes y límites de nuestra función jurisdiccional y los criterios aplicables en el control que realizamos de las vulneraciones alegadas.

Así, en lo primero, cabe destacar que la distribución de cargas probatorias propia de la prueba indiciaria alcanza a supuestos en los que esté potencialmente comprometido cualquier derecho fundamental; también por tanto la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE (entre otras, STC 125/2008, de 20 de octubre

). En lo segundo, de su lado, este Tribunal Constitucional no realiza un examen de los actos empresariales eventualmente lesivos desde una perspectiva de legalidad que no le es propia, sino en atención a la cobertura que los derechos fundamentales invocados ofrecen. Y lo hace, por lo demás, sin alterar los hechos probados, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC, lo que no impide, según establecimos, entre otras, en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio, o 17/2003, de 30 de enero, alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia.

En cuanto al canon de control constitucional que corresponde, tenemos dicho que la prueba indiciaria se articula en un doble plano. El primero consiste en el deber de aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia y que, como es obvio, incumbe al trabajador denunciante. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido (por todas, STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7).

5. La virtualidad de esa doctrina relativa a la prueba indiciaria en supuestos en los que la decisión empresarial invoca un fundamento objetivo de carácter económico, y no, como a menudo acontece, un incumplimiento contractual por parte del trabajador, nos hizo apreciar en la fase de admisibilidad la concurrencia del requisito de la especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo (art. 50.1 b) LOTC), dado que el asunto que enjuiciamos permite aclarar nuestra jurisprudencia en la materia.

En lo que atañe a la carga probatoria del empresario, una vez aportado por el trabajador demandante un panorama indiciario, este Tribunal ha sentado una serie de criterios coincidentes en casos de muy diversa naturaleza, disciplinaria o de otro carácter (por todas, SSTC 140/2014, de 11 de septiembre; 30/2002, de 11 de febrero, o 98/2003, de 2 de junio). Es menester sintetizarlos en los siguientes términos: i) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; ii) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar ad casum que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; iii) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; iv) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria.

**Ninguna razón existe para sustraer tal esquema de garantías en supuestos como el analizado. Esto es, ante un indicio de lesión, la carga de la prueba del empresario debe estar dirigida a demostrar que su decisión de naturaleza económica (en el presente caso con efectos extintivos) no queda ni intencional ni objetivamente asociada al factor protegido, se haya articulado o no correctamente en términos de legalidad ordinaria y con independencia por tanto de su calificación jurídica".**

3.- En definitiva el derecho a la garantía de indemnidad, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, significa que del ejercicio de una acción judicial - individual o colectiva (STC 16/2006, de 19 de enero) - o de los actos preparatorios o previos al mismo - incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19 de abril) - no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para el trabajador. En el supuesto examinado el recurrente imputa a la empresa INGENIERÍA FORESTAL SA que ha vulnerado su derecho a la garantía de indemnidad ya que procedió a su despido objetivo con posterioridad a que se negara a suscribir una novación contractual, transformando el contrato en un contrato fijo discontinuo. Tal conducta empresarial no puede ser calificada de vulneradora de la garantía de indemnidad ya que no puede tildarse de reacción de la empresa ante el ejercicio de una acción judicial o la realización de actos preparatorios o previos o, incluso, reclamaciones extrajudiciales por parte del trabajador. La conducta empresarial, que genere consecuencias negativas para el trabajador realizada a

continuación de una negativa del trabajador a transformar su contrato de trabajo, no supone vulneración de la garantía de indemnidad ya que **para que se produzca la misma, necesariamente ha de ir precedida del ejercicio por parte del trabajador de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales**, conductas que no se han producido en el caso examinado".

Con arreglo a lo anterior, *en el supuesto analizado el panorama indiciario ha quedado acreditado, pues resulta, como dice el recurrente, "sospechoso", sospecha que se sustenta en datos objetivos, que si con anterioridad la demandante había podido atender a sus hijos aprovechando sus días de libranza para acudir a las citas médicas, ambos con una patología cardíaca congénita complicada, al requerir tan solo las revisiones por parte de los especialistas, el 15 de marzo de 2017, habiendo pasado la patología de uno de sus hijos a severa operable, aunque estimaron esperar un tiempo, comunicando esta circunstancia a la empresa, por cuyo motivo acordaron un cambio de vacaciones, que la trabajadora asignada en el mes de abril, tras recibir la demandante una carta el 18 de mayo de 2017 del Hospital comunicándole que su hijo iba a ser intervenido y que con fecha 12 de mayo de 2017 había quedado incluido en la lista de espera, una vez recibida dicha carta, a las 16:15 horas, la trabajadora telefoneó al Jefe de Tienda a fin de poner en conocimiento de la empresa la nueva situación de su hijo, comunicándole que le darían días si los necesitaba, circunstancia que comunicó el Jefe de Tienda al Jefe de Ventas, y al día siguiente le comunican a la trabajadora el despido disciplinario, siendo que los hechos que le imputaban a la trabajadora, que nunca había sido sancionada, teniendo una antigüedad del año 2004, carecían de fundamento alguno, pues eran práctica habitual en la empresa, o había quedado acreditado que no se incurrió en las faltas achacadas (hechos probados noveno a decimotercero). La conexión temporal de ambos actos y el anuncio por parte de la demandante de hacer uso de sus derechos laborales como madre, aun cuando fueran recibidos con buenas palabras, tuvo por respuesta el despido. Y si bien, dada la rapidez con que se produjo la decisión extintiva inmotivada y la aparente aquiescencia de la empresa, no dio tiempo a reclamar judicialmente tales derechos, la comunicación que efectuó la demandante hemos de tomarla, dada la reacción inmediata de la empresa, como un acto previo al ejercicio de la acción judicial o reclamación extrajudicial. De lo contrario premiaríamos la "diligencia" de la empresa para tomar la decisión de despedir para evitarse dichas reclamaciones judiciales.*

En consecuencia, el recurso interpuesto por la empresa empleadora ha de ser desestimado.

**TERCERO:** En lo que atañe al recurso también interpuesto por la trabajadora, al que se adhiere el Ministerio Público, la recurrente, amparada en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la infracción de los artículos 240.4, 179.3, 182.1d) en relación con el artículo 55.1 de la LOTC, artículo 183.2 y 177.3 de la LRJS, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de las sentencias de 5 de octubre de 2017, Rec. 2497/2015, y las que en ella constan.

En cuanto a lo que plantea la recurrente, la doctrina actual de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se expone en la que cita la recurrente es la siguiente, y que da un paso más en su propia doctrina:

"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), entre otras, 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):

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 LRJS ), de tal precepto, redactado en forma sustancialmente concordante con el relativo al contenido de la sentencia constitucional que otorgue el amparo ( art. 55.1 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 )".

A saber, la declaración de vulneración de derechos fundamentales lleva aparejada la fijación de la cuantía del daño, aun cuando en la demanda, como ocurre en el supuesto resuelto por el Alto Tribunal, en el que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia razona que en el caso analizado no se ha concretado en demanda ni, en consecuencia, en el relato fáctico de la sentencia de instancia, a propósito de que el demandante hubiese sufrido algún daño moral, y en qué ha consistido dicho daño moral, o alguna lesión patrimonial susceptible de ser indemnizados, pues dicha indemnización no se impone de forma automática sin alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y sin acreditar en el proceso, cuando menos, indicios, pautas o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena indemnizatoria. Y el Tribunal Supremo casa dicha sentencia, y considera que "Nuestra jurisprudencia admite como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales el acudimiento a los criterios de la LISOS. «Dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter 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...» ( SSTS 12/12/07 - rco 25/07 -; y 18/07/12 -rco 126/11 -).

La utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional ( STC 247/2006, de 24/Julio



), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 -rco. 67011 -; y 08/07/14 -rco 282/13 -)".

Y, finalmente, estima el recurso de casación razonando, en contra de lo mantenido por la empresa, que:

"Tiene razón la empresa cuando apunta que la sentencia del Juzgado de lo Social no indica con claridad en que apartado de la LISOS se subsume su comportamiento, pero no cuando pretende obtener de ello la estimación del recurso.

Por un lado, el acudimiento a la LISOS actúa como parámetro orientador, pero ello no significa que haya que examinar el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativa (legalidad, tipicidad, non bis in ídem, etc.). Aquí se parte de que ha existido vulneración de derechos fundamentales y de que se debe fijar la indemnización asociada a ello (...).

En esas condiciones, que se acuda a las sanciones previstas para infracciones empresariales muy graves parece lógica. Además, el artículo 8.2 LISOS considera infracción muy grave "las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación".

Esas consideraciones nos conducen a mantener como adecuada la cuantía indemnizatoria establecida en la sentencia de instancia, pues no aparece como irrazonable o arbitraria. Tampoco la empresa ha desarrollado argumentaciones útiles para evidenciar una eventual desproporción indemnizatoria, pues se ha centrado en su negación".

Y lo propio ocurre en el supuesto examinado, en contra de lo que mantiene el recurrente, en el que, además, se dan las circunstancias de que *la decisión de la empresa se enmarca en una penosa situación familiar, recién fallecido el padre de la actora, y con dos hijos con las afecciones descritas, uno pendiente de operación, que incrementa el ya castigo de perder el empleo, y que provocó que a los tres días de serle comunicado el despido hubiera de ser atendida por un episodio de ansiedad grave reactiva, iniciando el día 23 de mayo un periodo de incapacidad temporal. Y es que si al sufrimiento emocional por los hechos descritos se suma una pérdida de capacidad económica y en consecuencia de estabilidad familiar material. Por ello consideramos adecuada la sanción prevista para la falta tipificada en el artículo 8.12 de la LISOS (por error material se refiere la sentencia transcrita al artículo 8.2), en la cuantía reclamada por la trabajadora de 18.000 euros, que, además no consideramos excesiva pues se corresponde con el tramo mínimo, que va hasta la multa de 25.000 euros, conforme al artículo 40.1c) de la LISOS .*

En consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto por la trabajadora en los términos expuestos.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## **FALLAMOS**

ESTIMANDO el recurso interpuesto por DOÑA Tamara y DESESTIMANDO el también interpuesto por LIDL SUPERMERCADOS, S.A.U. contra la sentencia de fecha 20 de febrero de 2018, aclarada por auto de 27 de febrero de 2018, dictada en autos número 379/2017, seguidos ante el Juzgado de lo Social número 3 de Cáceres, con sede en Plasencia , revocamos parcialmente la sentencia recurrida en el único sentido de condenar a la empresa demandada a abonar a la actora, en concepto de indemnización por daños morales, la suma de 18.000 euros, confirmando en cuanto al resto de sus pronunciamientos la decisión de instancia.

Se imponen las costas causadas en el recurso a la empresa recurrente.

Se decreta la pérdida del depósito y la consignación constituidos por la empresa para recurrir, a los que, una vez firme la presente resolución, se les dará el destino legal por el Juzgado de procedencia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para

recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER N° 1131 0000 66 0335 18., debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación".

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

#### **PUBLICACIÓN**

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.