

Roj: **SJSO 3161/2022 - ECLI:ES:JSO:2022:3161**Id Cendoj: **33024440012022100039**Órgano: **Juzgado de lo Social**Sede: **Gijón**Sección: **1**Fecha: **15/11/2022**Nº de Recurso: **467/2022**Nº de Resolución: **419/2022**Procedimiento: **Despidos y ceses en general**Ponente: **FERNANDO RUIZ LLORENTE**Tipo de Resolución: **Sentencia****JDO. DE LO SOCIAL N. 1****GIJON****SENTENCIA: 00419/2022****Nº AUTOS: 0000467 /2022**

Vistos por mí, D. Fernando Ruiz Llorente, titular del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, los presentes autos sobre **despido con alegación de vulneración de derechos fundamentales**, seguidos bajo el número 467 del año dos mil veintidós, a instancias de D^a Filomena , representada y defendida por el letrado D. Gael García Schmid, contra MODAS AMISTAD GIJÓN, S. L., representada y defendida por el letrado D. José Luis Fernández Amandi, contra el Fondo de Garantía Salarial, que no ha comparecido y en los que ha sido parte el Ministerio Fiscal, cuyo representante no ha comparecido, he dictado la siguiente

SENTENCIA

En Gijón, quince de noviembre de dos mil veintidós

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 29 de agosto de 2022 se turnó a este Juzgado demanda presentada por D^a Filomena .

Segundo.- En la demanda, dirigida contra MODAS AMISTAD GIJÓN, S. L. y contra el Fondo de Garantía Salarial se reclamaba que se condenara a la empresa a:

- *Reconocer la nulidad del despido con la inmediata readmisión de la trabajadora en la empresa en el mismo puesto que tenía antes de producirse el despido y al abono de los salarios dejados de percibir desde que el despido tuvo lugar.*

- *Subsidiariamente , y para el caso de que finalmente se determinara que el despido ha sido improcedente y no nulo, la indemnización por despido a percibir por Doña Filomena ascendería a 504,53 euros, de los cuales la mercantil únicamente ha abonado 453,27 euros, restando por tanto la cantidad de 51,26 euros por abonar, además de las vacaciones no disfrutadas, las cuales ascienden a 458,66 euros, de los cuales ya se abonaron 412,07 euros, restando aún 46,59 euros, debiendo verse incrementada la misma en un 10 % por interés de mora.*

- *Reconocer y abonar las cantidades adeudadas por conceptos salariales que ascienden 1.629,32 €, incrementadas con el 10% de mora*

Tercero.- Por decreto de 13 de septiembre de 2022 se admitió a trámite la demanda, señalándose para el acto de conciliación y juicio la audiencia del 14 de noviembre de 2021.

Cuarto.- El día señalado tuvo lugar la vista del juicio, con el resultado obrante en autos. Tras la práctica de la prueba y una vez que las partes formularon oralmente sus conclusiones, se declararon los autos vistos para sentencia.



HECHOS PROBADOS

Primero.- La demandante, D^a Filomena , mayor de edad, con DNI nº NUM000 prestó servicios para MODAS AMISTAD GIJÓN, S. L. en virtud un contrato de trabajo indefinido a jornada completa desde el 8 de marzo de 2022, con la categoría profesional de dependienta hasta el cuarto año.

Segundo.- La actora desarrollaba sus labores en las instalaciones de la empresa con establecimiento de venta al público de productos de moda en la calle Juan Alvargonzález, nº 56, de Gijón.

Tercero.- La demandante no ha ostentado cargo de representación de los trabajadores o sindical en el último año.

Cuarto.- Disciplinaba la relación el Convenio colectivo del sector de comercio en general del Principado de Asturias, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 4 de febrero de 2022.

El artículo 18 del convenio dispone, en cuanto a los escaparatisas:

A los/as trabajadores/as que realicen con carácter normal la función de la ornamentación de escaparates en los establecimientos, tendrán derecho, en concepto de complemento de puesto de trabajo, a un plus del 10% de su salario base.

El salario base para la categoría de la actora para el año 2022 ascendía a 938,20 euros

Quinto.- La actora realizaba una jornada de 10 a 13:45 y de 16:15 a 19:45 horas.

Sexto.- Con carácter previo a la contratación D^a María , socia de la mercantil, le hizo una entrevista en la que le solicitó que diseñara y realizara un escaparate. La actora se encargaba de la presentación de los escaparates, captando fotografías de los mismos que enviaba por la aplicación WhatsApp tanto a la Sra María como a D^a Milagros para que dieran su visto bueno.

Séptimo.- El 27 de junio de 2022 la actora, a través de un mensaje de WhatsApp informó a D. Bernabe , hijo de D^a Milagros que había recibido los resultados de una resonancia magnética y que se le había indicado una intervención quirúrgica, por lo que el día 29 de junio tendría que hacer el preoperatorio y el 30 tenía cita con el anestesista.

Octavo.- El 7 de julio D. le informó de que la intención de la empresa era la de extinguir el contrato y volverla a contratar cuando estuviera en condiciones para trabajar.

Noveno.- El 8 de julio de 2022 la actora causó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común con el diagnóstico de "síndrome cervicobraquial", con una duración estimada de "largo" (90 días)

Décimo.- El 8 de julio de 2022 se entregó a la actora comunicación del tenor literal siguiente:

MODAS AMISTAD GIJÓN, S.L.

B-52563756

C/ JUAN ALVARGONZALEZ, 56 BAJO

33208-Gijón

D^{ÑA}. Filomena

DIN: NUM000

CALLE000 , nº NUM001 - NUM002

Gijón-33211

Teléfono: NUM003

En Gijón, a 8 de julio de 2022

Muy Sra. Nuestra:

Como administradora de esta empresa me veo en la obligación de informarle que se ha decidido proceder a su despido disciplinario con efectos del día 8 del presente, al no cumplir las expectativas para las que fue contratada.

No obstante, ante la dificultad de probar los hechos anteriores, esta empresa ha decidido ejercitar la facultad prevista en el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, reconociendo en este mismo momento la improcedencia de la decisión extintiva adoptada.

Con tal motivo, a partir de este momento en las oficinas de la empresa, tienes a su disposición la cantidad de 453,27 € (cuatrocientos cincuenta y tres con veintisiete céntimos) en concepto de la indemnización derivada de



la improcedencia del despido producido, calculada en función de 33 días de su salario por año de servicio, al igual que la liquidación, saldo y finiquito de sus haberes profesionales derivada de la extinción de su contrato de trabajo.

Atentamente

Fdo.: Milagros

p. p. MODAS AMISTAD GIJON, S. L.

Undécimo.- Vigente la relación a la actora se le abonaron las siguientes cantidades:

- Marzo de 2022: 733,69 euros de salario base y 244,56 euros de p.p.e.
- Abril de 2022: 917,11 euros de salario base y 305,72 euros de p.p.e.
- Mayo de 2022: 917,11 euros de salario base y 305,72 euros de p.p.e.
- Junio de 2022: 917,11 euros de salario base y 305,72 euros de p.p.e.
- Julio de 2022: 213,99 euros de salario base y 71,32 euros de p.p.e

Duodécimo.- El 24 de agosto de 2022 se celebró el acto de conciliación ante la UMAC de Gijón, concluyendo el mismo "sin avenencia", respecto de la papeleta presentada el 5 de agosto de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Planteamiento de la cuestión.

Se reclama en la demanda la nulidad de la decisión extintiva entendiéndose que existe discriminación al reaccionar la empresa con el despido al causar baja la demandante. Subsidiariamente se reclama la improcedencia del despido, solicitando diferencias en la indemnización por importe 51,26 euros. También se reclaman cantidades en concepto de horas extraordinarias y diferencias salariales por la aplicación de las tablas correspondientes al año 2022 y por la aplicación del plus de escapatista. En concepto de vacaciones se interesa la diferencia de 46,59 euros.

La empresa se opone a la estimación de la demanda. Niega que se le haya de abonar a la actora el complemento de escapatista, en la inteligencia de que carece de formación alguna para ello y de que lo único que hacía era colocar los objetos bajo la dirección y supervisión de otras personas.

Niega, del mismo modo, la realización de horas extraordinarias, subrayando que se llevaba un registro de jornada y denunciando que la actora no concreta cuándo entiende que se hacían las mismas por lo que no puede defenderse correctamente en relación con tal aspecto. Subraya que correspondería a la actora la probanza de la realización de excesos de jornada.

En cuanto a la nulidad del despido, se remite a la doctrina del Tribunal Supremo, con cita de sentencias de 15 de mayo de 2015 y de 22 de mayo de 2020 en el sentido de que no toda decisión ilícita de la empresa supone una vulneración de derechos fundamentales y, en relación con la enfermedad, la incapacidad temporal no supone una discriminación, siendo precisa la equiparación a la discapacidad, circunstancia que no concurre en el presente caso.

En cuanto a las diferencias salariales, señala que, una vez aplicada la tabla salarial de 2022 se evidencia que existe una deuda de 85,06 euros en el salario base y de 28,29 euros en las pagas extraordinarias. También reconoce una diferencia en la indemnización por importe de 51,26 euros y de 9,44 euros en las vacaciones no disfrutadas.

Segundo.- Fuentes probatorias.

Los hechos declarados probados se derivan de la documental obrante en autos. Ha depuesto en el acto del juicio la testigo D^a María , socia de la mercantil, que ha reconocido que realizó una entrevista a la actora en la que le solicitó que realizara un escapatate.

En cuanto al hecho probado sexto, además de la declaración de la testigo, se han tenido en cuenta las capturas de la aplicación WhatsApp, medio probatorio que también ha servido de sustento para los hechos séptimo y octavo.

Tercero.- Calificación del despido.

La doctrina que venían aplicando nuestros tribunales en materia de incapacidad temporal y despido venía de la mano del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto del denominado Caso Daouidi. En síntesis y,



para que la enfermedad se pudiera asimilar a la discapacidad a los efectos de discriminación de trato en las extinciones contractuales, era preciso que la incapacidad temporal revistiera un carácter duradero y se pudiera equiparar a la discriminación en los términos del artículo 2.1 de la Directiva 2000/78.

El panorama patrio debe ser objeto de una interpretación bien diversa con la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

La misma predica en su artículo 26 la nulidad de pleno derecho de *los actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley* (artículo 26).

El artículo 2 al que se remite amplía el régimen de los ámbitos en los que se puede sufrir una discriminación : *nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

En cuanto a la enfermedad cabe destacar que, en este caso, no se exige ningún tipo de duración. Esto es, la tradicional equiparación a la discapacidad a tenor de la duración deja de tener sentido, pues en sí, la discriminación por enfermedad constituye un motivo de nulidad autónomo.

Y es importante, además, en una construcción muy similar a la inversión de la carga de la prueba en materia de vulneración de derechos fundamentales que el artículo 30 invierte la carga de la prueba, de modo que si el trabajador aporta indicios de una discriminación, *corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*

Trasladados estos presupuestos al caso que nos ocupa podemos afirmar que no sólo concurren indicios de que el despido obedeció a la enfermedad (y operación de la actora), sino que se puede considerar este dato probado. La conversación por WhatsApp con el hijo de la titular del establecimiento es tan rotunda que poco se puede decir al respecto y a la misma nos remitimos. Expresa el mismo, haciendo suyas las palabras de sus padres, que no pueden soportar el coste de la baja pero que, cuando la trabajadora se restablezca, la volverán a contratar, por estar contentos con su rendimiento. A ello sigue un despido sin causa alguna para el que no cabe otra consecuencia que la nulidad.

Pero es que, además, el artículo 27 de la citada ley, exige una *indemnización [que restituya] a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral.*

En el caso de un despido, la restitución se cumple con la readmisión pero, aun cuando no se haya reclamado nada al respecto, se presume un daño moral que debe ser también indemnizado. Cabría preguntarse, en un caso como el que nos ocupa en el que no ha sido reclamada indemnización alguna, si la misma puede apreciarse de oficio o debe primar el principio dispositivo. Como de discriminación hablamos y la discriminación vulnera un derecho fundamental como es recogido en el artículo 14 de la Constitución, resulta aplicable el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: *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.*

Así pues, debemos concluir que, para la restauración del orden, se debe establecer una indemnización. No se han dado al juzgador pautas para valorarla por lo que ha de acudir a criterios prudenciales: se ha de tener en cuenta por un lado, la escasa duración de la relación laboral. Pero, por otro lado, debe valorarse que la actora ha sido atendida en salud mental, que la empresa actuó de una forma totalmente contraria a la protección que en nuestro ordenamiento se brinda a los trabajadores durante los periodos de incapacidad temporal, convirtiendo a la persona trabajadora en una mera mercancía a disposición del empresario, incluso aun cuando éste expresa satisfacción con el rendimiento del trabajador.

Atendiendo a dichos criterios entiendo ajustada a derecho una indemnización de 3.500 euros, equivalente *grosso modo* a los tres meses de salario, habida cuenta de que en el parte de incapacidad temporal se indicó una duración aproximada del proceso de 90 días.

Cuarto.- Reclamación de cantidad.

Debe estimarse la reclamación en cuanto a las diferencias salariales derivadas de la aplicación del convenio para 2022 y de la aplicación del plus de escapatista: el convenio, en cuanto a este aspecto, no exige más que



la ornamentación habitual de los escaparates, circunstancia que, a través de los mensajes a las Sras. María y Milagros, ha quedado sobradamente acreditada, además de que la primera la contrató en atención a su pericia en esta materia. No es preciso para lucrar ese incremento estar en posesión de formación alguna.

Las horas extraordinarias no han sido acreditadas siquiera indiciariamente: el registro de jornada recoge 40 horas semanales y, tal y como indicara la parte demandada, correspondería a la actora la acreditación de los excesos o, al menos, la habitualidad de estos, carga con la que no se ha cumplido. Tampoco se señalaron cuáles eran las horas de más, dificultando ello la prueba en contrario.

Se reclaman también vacaciones que deben ser reconocidas en el importe que reclama la parte actora, habida cuenta de los precedentes razonamientos en cuanto a la tabla salarial de aplicación y el plus de escaparatasta.

Quinto.- Salario diario.

En sintonía con lo razonado, debe fijarse el salario diario de la trabajadora en la cantidad de 39,59 euros diarios. Ello por cuanto al salario mensual ha de añadirse el 10% en concepto de plus de escaparatasta, haciendo un total bruto de 1.032,01 que, multiplicado por 14 pagas y dividido por 365 días, arroja el resultado indicado.

Sexto.- Intereses.

Por lo que al interés del 10% interesado respecta, ha de indicarse que el interés moratorio que previene el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores ha de determinarse en cómputo anual, en proporción al tiempo de demora, sobre los conceptos salariales, desde la fecha del devengo (en el caso presente no se realiza ninguna concreción en la demanda sobre tal fecha), hasta la sentencia, ya que no es equiparable a una multa sino a una indemnización por el retraso en el pago (Sentencia del Tribunal Supremo - Sala Cuarta - de 9 de febrero de 1990). Con ello y habida cuenta de la vigencia del principio dispositivo en el ámbito en que nos hallamos, el *dies a quo* ha de fijarse en el acto de conciliación, en que constan las reclamaciones de las cantidades aquí solicitadas.

No resulta de aplicación ni a la indemnización adicional ni a las vacaciones por carecer de naturaleza salarial.

Séptimo.- Recursos

De conformidad con lo establecido en el artículo 191.3 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMAR PARCIALMETNE la demanda interpuesta por D^a Filomena, contra MODAS AMISTAD GIJÓN, S. L. y contra el Fondo de Garantía Salarial declarando la nulidad del despido con efectos al 8 de julio de 2022, condenando a la empresa a readmitir a la trabajadora y a abonarle los salarios dejados de percibir a razón de 39,59 euros diarios hasta la efectiva readmisión y condenando a la empresa a que le abone una indemnización de 3.500 euros.

Condenar a la empresa demandada a que abone a la actora la cantidad de 663,96 euros más el interés del 10% devengado por dicha cantidad desde el 24 de agosto de 2022 hasta la fecha de la presente resolución y la cantidad de 46,59 euros.

Absolver al Fondo de Garantía Salarial sin perjuicio de las responsabilidades que legalmente le incumban.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de suplicación, para su resolución por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o de su representante, al hacerle la notificación de aquélla, de su propósito de entablarlo. También podrá anunciarse por comparecencia o por escrito de las partes o de su abogado o graduado social colegiado, o representante ante el juzgado que dictó la resolución impugnada, dentro del indicado plazo.

El anuncio del recurso deberá ir precedido del depósito de 300 euros en la cuenta de consignación del Juzgado abierta en el Banco de Santander nº 3294 000065 0467 22 estando exentos de tal requisito los trabajadores, sus causahabientes, los beneficiarios de la Seguridad Social, el Estado, las comunidades autónomas, las entidades locales, las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales.



Llévese el original de esta resolución al libro de Sentencias, dejando testimonio de la misma en los autos principales.

Así lo pronuncio y firmo, en nombre de S. M. el Rey y en virtud de los poderes que me han sido conferidos por la Constitución Española.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ