

SENTENCIA nº 000416/2021

En Santander, a 4 de junio del 2021.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz (Ponente)

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D^a. M^a. Jesús Fernández García

Ilma. Sra. D^a. Elena Pérez Pérez

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por las Ilmas. Sras. citadas al margen, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Torcuato , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^{ña}. Mercedes Sancha Saiz, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO. - Según consta en autos se presentó demanda por D. Torcuato , siendo demandada la empresa " DIRECCION000 .", sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 18 de marzo de 2021, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO. - Como hechos probados se declararon los siguientes: 1º.- El demandante prestó sus servicios para la demandada desde el 27-1-20 con categoría de jefe de proyecto y salario bruto anual de 37.000 euros.

El contrato de trabajo firmado fue indefinido sometido a periodo de prueba.

(El 27-1-20 acordaron la empresa y el actor que en 2021 su salario ascendería a 37.000 euros brutos anuales).

2º.- El 29-7-20 el demandante solicitó la siguiente reducción de jornada: "En Solares, a 29 de Julio de 2020 Yo, Torcuato , con DNI NUM000 , solicito reducción de jornada de trabajo por razones de guarda legal y cuidado de un menor de 12 años, mi hijo Carlos José , nacido el NUM001 de 2017, según lo establecido en el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores.

Dicha reducción será de 1/8 de jornada de forma indefinida, siendo el horario de 7:00 a 14:00 y aplicándose desde el 1 de septiembre de 2020.

Si hubiese alguna modificación o finalización de esta reducción, comunicaré a la empresa en un plazo de 15 días.

Quedando constancia, y siendo prueba de la conformidad y aprobación de los términos de esta reducción, a través de la entrega por escrito de un documento que contenga la aceptación de la misma por parte de la empresa o bien mediante la firma en el presente documento." La demandada concedió dicha reducción de jornada.

3º.- El 21-10-20 la demandada redactó esta carta de despido: "Estimado Torcuato , La Dirección de esta empresa ha adoptado la decisión de proceder a su despido, en base al artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores , por haber incurrido Ud. en una de las causas previstas en el apartado 2 del citado precepto, ya que, desde su incorporación a la empresa, está ha realizado un seguimiento de su rendimiento en el trabajo y se ha podido comprobar que esté ha sido insuficiente, estando lejos de lo que se esperaba de usted.

Tal situación supone una disminución voluntaria y continuada de su rendimiento en el trabajo y según lo establecido en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, constituye una de las causas de extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, por lo que la compañía ha decidido sancionarle con despido disciplinario por lo anteriormente manifestado. El despido tendrá efectos a partir del día 23 de octubre de 2020.

La empresa ha decidido tomar esta decisión en base a que sus funciones y competencias para el desarrollo y gestión de proyectos no han alcanzado los objetivos esperados con su contratación. Concretamente, en su competencia lingüística, ya que a pesar de poseer la titulación oficial (B2) según FCE Cambridge, la competencia real no es adecuada para mantener conversaciones orales y escritas con clientes internacionales. Esto supone una importante limitación en el desempeño de sus funciones como project manager y un grave perjuicio para la eficiencia de la empresa al tener que revisar sus supervisores todas sus comunicaciones con los clientes.

Por otro lado, su gestión del Proyecto 461-ISOTROPIC durante los últimos meses no ha sido adecuada, recibiendo la empresa reiteradas quejas tanto del cliente como de subcontratistas del Proyecto, teniendo que ser esta gestión del Proyecto supervisada y corregida por el Jefe de operaciones de la empresa. Esto supone unos retrasos y sobrecostes en la ejecución del proyecto con un impacto importante en los resultados de la empresa.

Dicha conducta constituye un incumplimiento contractual grave y culpable por su parte, por lo que por medio de la presente procedemos a notificarle su despido disciplinario, que tendrá efectos a partir del día 23 de octubre de 2020, en que pondremos a su disposición en las oficinas de esta empresa la cantidad correspondiente en concepto de liquidación de haberes y finiquito hasta ese día, quedando extinguido el contrato que nos une, y a partir de la cual se abstendrá de acudir a la misma.

Le saluda atentamente, DIRECCION000 ." 4º.- El demandante tiene el título B-2 en inglés (Cambridge).

El demandante tiene título de nivel medio en Ciencias Empresariales (CAMBRIDGE) con nivel requerido en comunicación empresarial, finanzas empresariales, gestión de recursos humanos y organización y entorno empresarial.

5º.- El demandante fue el jefe del proyecto 461 - ISOTROPIC.

6º.- Un representante de DIRECCION001 (Anton) comunicó al demandante lo siguiente el 3-2-21: "Hola, Torcuato : Siento mucho lo que le está pasando.

Puede utilizar lo siguiente Me gustaría decir que creo que gestionó el proyecto ISOTROPIC UK 461 desde DIRECCION002 muy bien en circunstancias muy complicadas, considerando los difíciles desafíos a los que se enfrentaba desde la alta dirección de DIRECCION002.

El problema que DIRECCION001 tuvo no fue con la gestión del proyecto entregada por usted, que me pareció excepcional, sino con el departamento financiero de DIRECCION002 por no realizar los pagos a tiempo y cumplir con los Hitos de pago acordados.

En ningún momento yo, o un miembro de DIRECCION001, hicimos una queja formal sobre su profesionalidad, que me pareció del más alto nivel y es completamente impreciso, inmoral e injusto hacer esto.

Les deseo a usted y a su familia todo lo mejor para el futuro.

Un cordial saludo, Anton Director Ejecutivo" Un representante de DIRECCION003 (Gaspar) remitió al demandante esta comunicación el 4-2-21: "Buenos días, Torcuato : Siento mucho lo que le está pasando.

Le puedo asegurar que NO hice ningún comentario sobre su trabajo o profesionalidad.

Llevo a cabo las reuniones de revisión a tiempo y con profesionalidad.

Un cordial saludo, Gaspar " 7º.- A día de hoy, el proyecto 461 - ISOTROPIC no ha sido entregado al cliente.

8º.- El 13-11-20 se celebró acto de Conciliación con resultado infructuoso.

9º.- El demandante no ostenta, ni ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores o delegado sindical.

TERCERO . - En dicha sentencia se dictó el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por don Torcuato contra DIRECCION000 ., declaro nulo el despido del demandante del 23-10-2020 y, en consecuencia, condeno a la demandada a que readmita al demandante en las mismas condiciones anteriores al despido con abono de los salarios dejados de percibir desde el 23-10-2020 hasta el día de la efectiva readmisión, a razón de 101,37 euros brutos diarios".

CUARTO. - Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos a la ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO . - Controversia y objeto del recurso.

1.- El actor formuló demanda interesando el reconocimiento de la nulidad de su despido objetivo y una indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 6.000 euros, por vulneración del derecho fundamental, con invocación del art. 14 CE.

2.- La sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Santander de 18 de marzo de 2021 (proc. 687/2020), estima en parte la demanda interpuesta por el actor y, si bien declara nulo su despido de fecha 23 de octubre de 2020, rechaza la reclamación de una indemnización adicional por cuanto "no se acreditan daños específicos en la esfera personal y patrimonial del actor".

3.- Disconforme con dicha decisión judicial recurre en suplicación, exclusivamente, el trabajador a través de un único motivo con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, reclamando la indemnización adicional.

4.- Ha sido objeto de impugnación por la empresa.

SEGUNDO. - Sobre la indemnización de daños y perjuicios.

1.- Denuncia el recurrente la infracción de lo dispuesto en los artículos 179.3 y 183 de la LRJS, así como jurisprudencia que los interpreta, con invocación del art. 24 de la CE, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Sostiene en resumida síntesis que, objetivado en el presente proceso la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación (art 14 CE), la nulidad del despido conlleva la necesidad de compensar el daño moral sufrido fijando una indemnización que además cumple una finalidad preventiva. A su entender, resulta válida la invocación del criterio de la LISOS (art 8.12), en relación a lo dispuesto en su artículo 40. 1.d) de dicho texto legal, para cuantificar el daño ante la dificultad de su exacto importe.

A ello se opone la empresa en su discurso impugnatorio, pues aun cuando estaba protegido con la nulidad por el art. 55.5.b) ET, al tener una reducción de jornada por guarda legal, dicha calificación no lleva aparejada la indemnización adicional y automática por daños morales, pues de haberlo querido así el legislador lo hubiera reflejado en dicho precepto. En definitiva, considera que no estamos ante la vulneración de un derecho fundamental susceptible de dar lugar a dicha indemnización.

2.- El artículo 55.5 del ET establece que " será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos..."

El artículo 183 LRJS dispone que "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.- Como pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 20 enero 2015 (rec. 2415 2013), citando sentencias anteriores dictadas a raíz de la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 2 de julio, en la que se declara que " a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas [léase guarda legal de menor] constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [artículo 14 Constitución Española] ... b).- Para ponderar las exigencias que el artículo 14 de la Constitución Española despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante - junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales... d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada [guarda legal, en el caso ahora tratado] una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental ..." (STS de 6 de mayo de 2009 (reud 2063/08)... e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es "configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación". Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE de 19 de Octubre de 92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba "superando los niveles mínimos de protección" previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma Exposición de Motivos haga referencia al "despido motivado" por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa "finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre".

La conclusión es clara: una trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el art. 55.5, b) del ET , que son objeto de especial protección por muchas razones (entre ellas, la conciliación de la vida familiar y laboral) podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable, lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o no se acredita -lo que, jurídicamente, es lo mismo- el despido no puede ser declarado, obviamente, procedente; pero tampoco puede ser declarado improcedente, sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo, lo que, como es sabido, tiene un efecto tutelar superior al del despido improcedente. "

4.- Aplicando esta doctrina al supuesto actual, es evidente que la calificación de nulidad del despido del actor lo es por su carácter injustificado y por el hecho de estar en reducción de jornada por cuidado de un menor, con lo que se viola el derecho de conciliación familiar y laboral del trabajador, y se califica como nulo como mandato legal para evitar la discriminación de los trabajadores que se acogen a dicha reducción de jornada por cuidados, una de las situaciones protegidas del principio de no discriminación derivado del derecho fundamental de igualdad ex art. 14 CE.

5.- En consecuencia, existiendo una vulneración de un derecho fundamental, procede la fijación automática de la indemnización de daños y perjuicios por daño moral. Así lo ha entendido la STSJ País Vasco 5 febrero 2019 (rec. 74/2019); y STSJ Andalucía de 23 enero 2020 (rec. 3399/2018) entre otras, apreciando la aplicación automática de la indemnización adicional del art. 183 LRJS, criterio que comparte esta Sala.

Como pone de manifiesto la STS de 19 mayo 2020 (rec. 2911/2017) " la indemnización fijada para el despido nulo -abono de los salarios de tramitación, artículo 55.6 del ET - está destinada a resarcir al trabajador por el daño sufrido al no percibir salarios durante un determinado periodo de tiempo en el que no prestó servicios por causa imputable exclusivamente al empresario, derivada de un acto ilícito, cual es un despido nulo. La condena a la empresa a abonar al trabajador el importe de los salarios correspondientes al periodo de tiempo en el que debía haber estado prestando sus servicios, compensa el daño emergente sufrido.

La indemnización por daños morales, derivada de la vulneración de un derecho fundamental, se dirige a compensar el sufrimiento, dolor, incertidumbre, angustia, ansiedad... que la citada vulneración haya podido producir a la trabajadora [trabajador]. En este caso se concreta en la ansiedad que sufre la trabajadora por la pérdida del trabajo y la pérdida de oportunidades de desarrollo profesional.

Son dos daños diferentes a los que corresponden dos indemnizaciones diferentes".

6.- En cuanto a la cuantificación de la indemnización, reclama el demandante 6.000 euros por daños morales, aplicando la sanción prevista en el RD Legislativo 5/3000, de 4 de agosto, LISOS, para las infracciones muy graves, en su grado medio, criterio orientativo reiteradamente aceptado por esta Sala, siguiendo al Constitucional y al Supremo (STS de 24 octubre 2019, rec. 12/2019).

Se parte de la inexistencia de parámetros precisos que permitan traducir con precisión en términos económicos el sufrimiento en que consiste el daño moral. Teniendo en cuenta 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.

La infracción podría encajarse en el art. 8.12 LISOS, infracción muy grave: "12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como 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", a la que va anudada una sanción del artículo 40.1.c), que nos conducen a calificarla en el grado mínimo (de 6.251 a 25.000 €).

En atención a que se interesa una indemnización de 6.000 euros, se estima la pretensión en dicha cantidad, adecuada a las circunstancias concurrentes del caso concreto y en la que estimamos el recurso formulado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Torcuato , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander, de fecha 18 de marzo de 2021 (proc. 687/2020), sobre despido, que revocamos en el único sentido de condenar a la empresa demandada " DIRECCION000 .", a abonar una indemnización adicional por los daños y perjuicios sufridos, en cuantía de 6.000 euros, manteniendo el resto de sus pronunciamientos. Sin costas.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, 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.

Advertencias legales Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar 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 3874 0000 66 0343 21.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES 55)0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0343 21.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

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.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA.- La pongo yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia, para hacer constar que en la misma fecha se envía copia de la anterior sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior. Doy fe.

OTRA.- Para hacer constar que en el mismo día de su fecha se incluye el original de la precedente resolución, una vez publicado, en el libro de sentencias de esta Sala de lo Social, poniendo en la pieza del recurso y en los autos certificación literal de la misma. Seguidamente se notifica en la oficina judicial a las partes que comparecen, y telemáticamente a la Lda. D^a. Montserrat Ruiz Cuesta, Lda. D^a. Ana Rosa Calderón Fuentesvilla y al Ministerio Fiscal de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.