



Roj: **STSJ CAT 10211/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:10211**

Id Cendoj: **08019340012023106263**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2023**

Nº de Recurso: **2571/2023**

Nº de Resolución: **6314/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA TERESA OLIETE NICOLAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2022 - 8010564

RM

Recurso de Suplicación: 2571/2023

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. M. TERESA OLIETE NICOLÁS

En Barcelona a 7 de noviembre de 2023

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 6314/2023

En el recurso de suplicación interpuesto por Bienvenido frente a la Sentencia del Juzgado Social 32 Barcelona de fecha 11 de enero de 2023 dictada en el procedimiento Demandas nº 173/2022 y siendo recurrido FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), MINISTERI FISCAL y COL.LECTIU RONDA, S.C.C.L, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. Teresa Oliete Nicolás.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 11 de enero de 2023 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimo en parte la demanda interpuesta por Bienvenido frente a COL.LECTIU RONDA S.C.C.L. en reclamación por despido y en consecuencia debo declarar y declaro la improcedencia del despido del actor con efectos de fecha 26/01/2022, condenando a la empresa demandada a, según su elección, o bien readmita al trabajador en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido abonando los salarios de tramitación desde el día siguiente al despido a razón de 112,90 euros brutos diarios hasta la fecha notificación de esta resolución o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a



dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación; o bien extinga la relación de trabajo con la obligación de abonar al actor una indemnización de 2.483,78 euros.

Opción que deberá realizar la empleadora condenada en el plazo de los CINCO días siguientes a partir de la notificación de la presente sentencia, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado, advirtiéndole que, de no optar en plazo, se entenderá que procede la readmisión.

Respecto del FOGASA procede la desestimación de la demanda, sin perjuicio de las responsabilidades legales que, en su caso, pudieran corresponderle."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.**- El actor ha prestado servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada con las siguientes circunstancias laborales: antigüedad 16/06/2021, grupo profesional 1 categoría de Abogado, contrato indefinido a tiempo completo de 40 horas semanales de lunes a viernes, con un período de prueba de cuatro meses, salario bruto anual de 41.208,24 € (documento nº 2 ramo de prueba demandada consistente en contrato de trabajo suscrito entre las partes, doc. nº 2 ramo de prueba actor consistente en nómina del actor de agosto de 2021 y enero de 2021).

SEGUNDO.- Que el actor no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo de representación legal y/o sindical de los trabajadores (hecho no controvertido).

TERCERO.- Con fecha de 26 de enero de 2022 la demandada notificó al actor trabajador formalmente carta de despido disciplinario, amparándose en el art. 54 de la Ley del Texto Refundido de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre. El tenor literal de la carta de despido es el siguiente:

"Barcelona, 26 de gener de 2022.

(...)

Per la present et comuniquem que la cooperativa COL.LECTIU RONDA, S.C.C.L ha decidit procedir al seu acomiadament, amb efectes laborals i econòmics del dia 26 de gener de 2022.

Com saps, les persones contractades laboralment a la nostra cooperativa tenen vocació de, al llarg dels anys, transformar-se en sòcies treballadores de la cooperativa, si la resta de persones sòcies de la mateixa així ho consideren oportú.

Pel contrari, si no es veu viable aquesta col.laboració a llarg termini, la nostra normativa interna preveu que la persona contractada ha de deixar de treballar a la cooperativa.

En el teu cas, malauradament t'hem de comunicar que no creiem que tinguis el perfil ni reuneixis els requisits per ser soci de la nostra cooperativa, i és per això que hem decidit finalitzar la relació contractual el més aviat possible.

En aquest sentit, hem valorat que no compartim la mateixa filosofia en relació al treball en equip i la relació amb els companys, ni la mateixa visió ni tarannà pel que fa a la relació amb els clients.

Per això, lamentablement, hem decidit procedir al teu acomiadament, amb efectes econòmics i laborals del dia 26 de gener de 2022, segons l'article 54 del text refós de l'Estatut dels Treballadors.

Amb el present escrit, et comuniquem que tens dret a accedir a les prestacions d'atur i per a això posem a la teva disposició els documents de liquidació i quitança corresponents.

També et comuniquem que estem disposats a reconèixer la improcedència i a abonar la indemnització màxima prevista per l'art. 56 de l'Estatut dels Treballadors en el cas que decideixis interposar papereta de conciliació en el termini de 20 dies hàbils des del dia d'avui".

(Documento nº 1 ramo de prueba del actor y del ramo de prueba de la demandada).

El despido del actor se recoge en el Acta de la reunión del grupo jurídico social del día 22 de enero de 2022 (doc. nº 6 ramo de prueba demandada).

CUARTO.- Que en fecha 27 y 31 de mayo de 2021, con anterioridad a la incorporación del actor en la empleadora demandada, el actor y la Sra. Adelina (superior inmediato del actor) intercambiaron los siguientes correos electrónicos, (documento nº 3 ramo de prueba de la parte demandante y doc. nº 4 ramo prueba demandada):

De la Sra. Adelina al actor el 27/05/2021:

" Les condicions salarials són 1,5 de la nostra escala (equivalent a 41.208 euros anuals bruts). La retenció de IRPF es calcula en funció de la retribució previsible durant l'any i la situació personal i familiar. Per tant, fent un



càlcul aproximat de l'import mensual net, com si treballassis tot l'any i sense fills és de 2.157 euros nets x 14 pagues. (...)".

Del actor a la Sra. Adelina el 31 de mayo de 2021:

"Gràcies pel teu correu. Esperem afinar bé les retencions. (...)".

QUINTO.- En fecha 24 de diciembre de 2021 el actor y la Sra. Adelina intercambiaron mensajes a través de la aplicación WhatsApp, cuyo contenido se da por íntegramente reproducido, indicándole el actor que le habían ingresado unos 200 euros menos en la nómina del mes, preguntándole a la Sra. Adelina si podía averiguar el motivo. El mismo día el actor comunicó a la Sra. Adelina que el Sr. Bernabe le había informado que era debido a la retención del IRPF, indicando el actor que se debía regularizar porque no le era viable. La Sra. Adelina le respondió pidiéndole que le enviara un email explicando el tema del IRPF y así poder transmitirlo al grupo. En fecha 21 de enero de 2022 nuevamente ambos intercambiaron mensajes a través de la misma aplicación, manifestando la Sra. Adelina al actor que quedaba pendiente concretar números.

El contenido de los mensajes revela una correcta relación entre ambos interlocutores.

(Documento nº 5 ramo de prueba del actor, folios 8 y 9).

SEXTO.- En fecha 31 de diciembre de 2021 el actor envió a la Sra. Adelina el siguiente email:

"Tal i com en vas demanar, t'envio aquest correu explicatiu del problema de la retribució i de les retencions IRPF.

Al Juny 2020 (que es corregeix en bol.lígraf) Al Juny de 2021, se'm va oferir la oportunitat de formar part de l'equip de Dret Administratiu del CR, per tal de cobrir l'absència de l'anterior soci de Dret Administratiu que marxava del despatx.

Després de passar el procés de selecció, se'm van oferir 41.208 euros de salari brut (1,5 segons l'escala salarial interna).

El motiu d'oferir-me aquesta retribució, inferior a la comentada a les entrevistes, era que no tenia experiència en funció pública, i que necessitaria un temps d'adaptació, sent aquesta retribució revisable.

Vaig acceptar per la meva vocació d'integrar-me a un despatx històric de la ciutat amb qui compartia valors i projecte professional, posant com a condició ajustar a la baixa les retencions d'IRPF en un primer període i revisar la retribució el més aviat possible.

(...)

Així, fins ara, la retenció per IRPF era del 7%, la qual cosa em proporcionava uns ingressos de 2500 euros mes, aproximadament.

Però, a partir d'ara, la retenció per IRPF s'ha de regularitzar, passant al 20% aproximadament, la qual cosa comporta que la meva retribució mensual baixarà de 2.500 a 2.300 euros mes aproximadament.

És a dir, a efectes pràctics, pateixo una forta rebaixa de sou, i això no té sentit, i no satisfà les meves necessitats familiars.

Aquesta retribució per un advocat amb la meva experiència professional és molt baixa.

D'acord amb les actes de grup d'anteriors exercicis, he pogut constatar, que ja al 2018, la persona a la qual jo he substituït (amb menys experiència que jo), ja estava a un nivell 2.2

Per tot això, una retribució correcta i justa, de la qual hauríem de partir les successives revisions, seria la de 1,9 de l'escala.

La meva edat, la meva experiència professional i la meva situació familiar, no em permeten que la meva retribució baixi 200 euros/mes, i no puc esperar 6 mesos més una possible pujada de 70 euros.

En fin, espero que ho puguis entendre i traslladar als Companys.

(...)".

(Documento nº 4 ramo de prueba de la parte demandante y doc. nº 17 ramo de prueba demandada):

SÉPTIMO.- En fecha 21 de enero de 2021 el Sr. Bernabe envió un correo a todas las personas trabajadoras de la cooperativa adjuntando, para su revisión, el modelo 145 de la AEAT referente a las retenciones del IRPF del año 2022. El actor respondió al email el 24 de enero de 2022 exponiendo el actor que ponía en copia a la Sra. Berta porque estaban mirando precisamente el tema de la retención IRPF. El contenido se da por íntegramente reproducido (documento nº 19 ramo de prueba demandada, y hecho no controvertido recogido en el hecho quinto página 13 del escrito de demanda).



OCTAVO.- Consta que en fecha 05 de abril de 2022, el actor acudió a centro médico. En dicho informe se recoge que: *"Este paciente fue visitado el 05/04/2022 en nuestro centro por presentar sintomatología depresiva a raíz de despido laboral. Fue derivado a Servicio de psicología. Actualmente sigue controles en nuestro centro por su trastorno depresivo. En la actualidad valoramos el paso a antidepressivo dual por escasa respuesta al tratamiento inicial"* (informe emitido por médico de familia del ICS en fecha 15/12/2022, documento nº 9 ramo de prueba actor, folio 18)

En fecha 02/12/2022 el actor ha sido visitado para realizar exploración psiquiátrica a solicitud de la parte demandada, emitiéndose informe pericial -que se da por íntegramente reproducido- con el siguiente diagnóstico "trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo", ratificado en el Plenario (doc. nº 22 ramo de prueba demandada).

NOVENO.- El actor presentó en fecha 18/02/2022 papeleta de conciliación ante els Serveis Territorials a Barcelona del Departament d'Empresa i Treball de la Generalitat de Catalunya, fue celebrado el acto en fecha 14/03/2022, con el resultado de sin acuerdo (Folio 25 de las actuaciones)."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, Bienvenido, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, COL·LECTIU RONDA S.C.C.L., elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sr. Bienvenido recurre en suplicación la sentencia dictada en fecha 11 de enero de 2023 por el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona en los autos nº 173/2022 que, estimando en parte la demanda, declaró la improcedencia del despido con las consecuencias legales inherentes, articulando dos motivos de recurso. En el primero de ellos, dedicado a la revisión de hechos probados, se pide la modificación de los hechos probados Primero, Quinto, Sexto y Octavo y la adición de los hechos probados Décimo a Décimo Sexto.

Del Primero, para que en él se adicione: "..., salario discutido por el actor, que en su demanda propugna que el salario pactado fue el de 2.516,50 euros por 14 pagas, (documentos 1 y 2 de la demanda), cantidad que debe incrementarse con el pago de las cuotas al Colegio de Abogados y con el 5% de incremento salarial acordado por el Consejo Rector de la Cooperativa antes del despido del trabajador".

Del Quinto, para que en él se elimine: "... El contenido de los mensajes revela una correcta relación entre ambos interlocutores ...".

- Del Sexto, para que en él se añada: "... A dicho correo el trabajador se refería en un mensaje de WhatsApp de fecha 31/12/2021, del siguiente tenor:

"Bon any!. T'he enviat el correu sobre la retribució. Ja diràs. Te l'he enviat des del compte de correu de l'icab perquè des del despatx em donava problemes. Ja em confirmaràs que l'has rebut".

La Sra. Adelina contesta a este mensaje mediante otro del siguiente tenor:

"Hola Abilio . El correu molt ben explicat. Ja l'he llegit. Moltes gràcies. En parlem la semana vinent que seré al despatx".

(documento 5 del ramo de prueba del actor)".

- Del Octavo, para que su redactado se cambie por este otro: "El actor sigue en la actualidad tratamiento médico en los servicios públicos de salud por presentar sintomatología depresiva mayor a raíz de despido laboral. Desde hace ocho meses sigue tratamiento con antidepressivos. En la actualidad se valora el paso antidepressivo dual por escasa respuesta".

Y también se adicionen varios hechos probados con el contenido que sigue:

"DÉCIMO.- La Cooperativa demandada tiene un sistema de gestión de sus recursos humanos consistente en que a los tres años de contratar a un trabajador, éste o bien pasa a ser socio de la Cooperativa, de considerarlo así la empresa, o bien finaliza su relación laboral. Nadie puede tener un contrato laboral de más de tres años".

"DÉCIMO PRIMERO.- La demandada facturó en ejercicio 2020 la cantidad de 8.914,20 euros".

- "DÉCIMO SEGUNDO.- Tras el periodo de tres años de relación laboral no podrán acceder a la condición de socios aquellos trabajadores que no compartan el ideario de la empresa".

"DÉCIMO TERCERO.- La demandada es un despacho de abogados que se dedica mayoritariamente al derecho laboral y defendiendo únicamente a trabajadores".



- "DÉCIMO CUARTO.- El trabajador se encuentra en situación de desempleo desde la fecha del despido".

"DÉCIMO QUINTO.- El trabajador, en el momento de despido, contaba con una edad de 55 años".

"DÉCIMO SEXTO.- La Fundación PIMEC constata en el informe de 15 de diciembre de 2022 que el 78% de las empresas no han incorporado mayores de 55 años en los últimos dos años".

SEGUNDO.- Como el proceso laboral es de única instancia la valoración de la prueba es una función que viene atribuida al Juzgador que elaboró la sentencia recurrida según el artículo 97.2 de la LRJS, sin que en el recurso de Suplicación, por ser un recurso extraordinario, el Tribunal pueda entrar a conocer de toda la actividad probatoria practicada en la instancia, quedando sus facultades de revisión limitadas a las pruebas documentales y periciales que cite la parte recurrente y obren en autos, siempre que se prueba el error del juzgador y sea relevante para resolver el recurso. Como recuerda, por citar alguna, la STS 22/11/2021, RC 106/2021, la revisión de los hechos probados debe atenerse al estricto cumplimiento de los siguientes requisitos: "1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse). 2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica. 3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa. 4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. 7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo. 8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. 9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental".

Se accede a la modificación del ordinal Primero porque es objeto de discusión entre las partes la retribución mensual, en importe de 2.516,50 euros por 14 pagas, más el pago de las cuotas al Colegio de Abogados, y además su contenido tiene relevancia para la resolución de la censura jurídica al referirse al derecho a la indemnidad. Ahora bien, en la prueba documental que se cita no se recoge el concepto del 5% de incremento salarial acordado por el Consejo Rector de la Cooperativa antes del despido del trabajador, por lo que este inciso no se incorpora.

También se acepta la supresión, en el ordinal Quinto, de la frase: "El contenido de los mensajes revela una correcta relación entre ambos interlocutores", pues consiste en una valoración subjetiva de la juzgadora que no aporta ningún hecho al relato fáctico.

Así como la adición del nuevo ordinal Décimo Primero, al haber quedado probada la facturación del año 2020 con la prueba que se cita en el recurso y tener relevancia para poder resolver el importe de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, en caso de que proceda su pago.

Y lo mismo ocurre con la adición del nuevo ordinal Décimo Tercero, al constar acreditado que la empresa demandada es un despacho de abogados que se dedica mayoritariamente al derecho laboral y defiende a los trabajadores, a efectos de la determinación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

Y con los nuevos ordinales Décimo Quinto y Décimo Sexto, al constar que el actor tenía ya 55 años en la fecha del despido y que la PIMEC publicó en su informe de 15 de diciembre de 2022 que el 78% de las empresas no habían incorporado a mayores de 55 años en los últimos dos años, también a efectos de determinación de indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

Por el contrario, no se acepta la revisión del ordinal Sexto por basar la revisión en unos mensajes de WhatsApp que no constituyen prueba que faculte la revisión en suplicación aunque consten transcritos en papel según reiterada jurisprudencia, recogida entre otras en las sentencias de esta Sala de fecha 9 de diciembre de 2021, RS 5241/21, de fecha 2 de marzo de 2022, RS 6993/2021 ó de fecha 4 de marzo de 2022 RS 6141/2021.

Tampoco del Octavo, porque consta en su párrafo primero el informe de 5 de abril de 2022, tres meses después del despido, que diagnostica la sintomatología depresiva con el despido, que hace referencia a la necesidad de tratamiento dual, y en el segundo párrafo que en informe psiquiátrico de diciembre de 2022 continuaba



con un Trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo, con lo que transcurrieron 8 meses desde el anterior diagnóstico con la misma patología depresiva, concepto que pretende incorporar el recurrente y ya se desprende de la lectura del actual texto del hecho probado; debiéndose tener en cuenta que la facultad de valoración de la prueba viene en principio atribuida al juzgador/a de instancia según el artículo 97.2 de la LRJS por cumplirse en su actuación los principios de inmediatez, concentración y oralidad que presiden el procedimiento laboral, pudiendo realizar la Sala en vía de recurso la modificación de los hechos probados de la sentencia de instancia cuando se alegue y acredite un error patente y manifiesto por parte del juzgador/a siempre que, además, tenga relevancia para la resolución de la cuestión jurídica que en el recurso se plantea en aplicación de los artículos 193.b) y 196.3 de la LRJS, y como en este caso no se ha probado que el juzgador incurriera en error en la valoración de la prueba al confeccionar este ordinal, es por lo que se rechaza su revisión.

También se rechaza la incorporación del nuevo ordinal Décimo porque no es cierto que nadie pueda tener un contrato laboral en la empresa por más de tres años, pues los que a los tres meses pasan a ser socios de la Cooperativa sí que pueden tener un contrato de más de tres años: en realidad el trabajador tiene que pedir la participación en el Consejo Rector al alcanzar los tres años de contratación, y en caso de que sea aceptado como socio, continúa la relación laboral.

La incorporación del ordinal Décimo Segundo, al no haberse probado que no sean aceptados como socios los que no pasen el ideario de la empresa, ya que se desconoce cuáles son los parámetros a tener en cuenta por el Consejo Rector a la hora de aceptar o no la situación del trabajador como socio.

Y por último la del ordinal Décimo Cuarto, por no acreditarse la situación del actor en desempleo desde el despido (el 27-01-2022) hasta el acto de juicio (el 16-12-2022), sino desde el despido hasta la fecha del informe del SOC, el 15-06-2022.

TERCERO.- En el segundo motivo, dedicado a la censura jurídica, se denuncia la infracción por la sentencia de los artículos 14 y 18.1 de la Constitución Española, artículo 4.2.e) y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículos 2, 8, 9, 26, 27, y 28 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, para razonar que el despido debe ser calificado como nulo por estar motivado por causas ideológicas, ya que transcurridos los tres años iniciales del contrato los socios determinan si el trabajador reúne la afinidad necesaria y actúa proactivamente en defensa del ideario de la empresa, y si no es así es despedido sin justa causa; plazo de tres años que en el caso del actor ni siquiera respetó la empresa. Y como el demandante ha aportado un indicio de discriminación por motivos ideológicos y la demandada no ha aportado ninguna causa que justifique la decisión extintiva del demandante, - incluso reconoce la improcedencia del despido -, es por lo que debe declararse la nulidad del mismo, condenando a la empresa al pago de una indemnización de 103.000 euros que coincide con la el grado medio de la horquilla de la sanción para las infracciones más graves según el artículo 8.12 de la LISOS.

El artículo 14 de la CE declara que: "*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*".

En interpretación de este precepto se ha de señalar que la mera afirmación del componente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales no basta para justificar el desplazamiento de la carga probatoria a la empresa, obligada así a acreditar cumplidamente que su decisión se hallaba desconectada de aquellas ilegítimas motivaciones, sino que esa inversión del "onus probandi" requiere que se acredite -por parte de quien lo afirma- un ambiente favorable a la discriminación o atentado contra el derecho fundamental (sentencias del Tribunal Constitucional 34/1984, 21/1992 y 266/1993, y del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1985). Con la consecuencia de que ese indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada (sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, 94/1984, 47/1985, 88/1985, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 135/1990, 187/1990, 2/1992, 266/1993 y 101/2000), tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, por cuanto la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales.

Igualmente ha de destacarse el hecho de que los "indicios" a los que el precepto alude - artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral- (actual 181.2 de la LRJS) no son identificables con la mera "sospecha" que consiste en "imaginar o aprender algo por conjeturas fundadas en apariencias", sino que los indicios "son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto" (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1998, con cita de las de 9 de febrero de 1996, 15 de abril de 1996 y 23 de septiembre de 1996), por lo que la misma doctrina constitucional habla de "razonables indicios" (sentencia del Tribunal Constitucional 101/2000, de 10 de abril), o de "mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia" (sentencia del



Tribunal Constitucional 41/1999, de 22 de marzo, citada por lo del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2000). Y la apreciación indiciaria supone para la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.996) una valoración jurisdiccional provisional de carácter complejo, correspondiente en principio al Juez de instancia, que versa tanto sobre elementos de hecho ("indicios") como sobre calificaciones o elementos de derecho ("violación" del derecho fundamental), y cuya revisión en suplicación sólo tiene transcendencia o efecto práctico cuando el Tribunal Superior de Justicia entienda que el Juzgado de lo Social debió haber aplicado esta regla atenuada de inversión de la carga de la prueba.

De la lectura del relato fáctico de la sentencia, en la redacción otorgada por esta Sala, no resultan indicios de vulneración del derecho a la libertad ideológica, sin que ni siquiera se haya justificado por el recurrente en qué consiste la libertad ideológica que se entiende es vulnerada por la empresa, y como sin aportación de indicios no se desplaza para la empresa la justificación de que la extinción ha tenido por causa otras ajenas a la discriminación, es por lo que no se admite este primer alegato del recurso.

CUARTO.- También se argumenta que el despido se ha debido a la vulneración por la empresa del derecho a la indemnidad, y se pide la declaración de nulidad del despido por haber vulnerado el artículo 24 de la CE, el artículo 17 del ET, así como la doctrina jurisdiccional que cita sobre vulneración del derecho a la indemnidad, porque tras la reclamación del actor a la empresa en fecha 31-12-2021, consistente en que el salario de 2.500 euros netos no estaba siendo respetado por la empresa, se produjo el despido en fecha 26-01-2022, interesando también la condena a la empresa al abono de 103.000 euros como indemnización por los daños y perjuicios causados.

Derecho a la indemnidad que es identificado por reiterada jurisprudencia, entre otras la STS de 9 de diciembre de 2021, RC 92/2019, que expresa: "Nuestra reciente STS 924/2021 de 22 septiembre (rcud. 2125/2018) ha inventariado la jurisprudencia principal en materia de derecho a la indemnidad. Siguiendo sus pautas, pasamos seguidamente a exponerla.

1. *Pautas de la jurisprudencia constitucional. La garantía de indemnidad consiste en que "del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza", toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no se satisface sólo "mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad", como dijera tempranamente la STC 14/1993, de 18 de enero . Según se ha anticipado, la garantía de indemnidad incluye no sólo el estricto ejercicio de acciones judiciales, sino que asimismo se proyecta, y de forma necesaria, sobre los actos preparatorios o previos (conciliación, reclamación previa, etc.). De otra forma -afirma la propia STC 14/1993, de 18 de enero -, "quien pretenda impedir o dificultar el ejercicio de la reclamación en vía judicial, tendrá el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo de su derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría con actuar..., en el momento previo al inicio de la vía judicial". La posterior jurisprudencia constitucional ha precisado que "el artículo 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva", de manera que, además de lesiones "intencionales" pueden darse lesiones "objetivas" contrarias a la garantía de indemnidad (STC 6/2011, de 14 de febrero).*

2. *Doctrina de la Sala. La jurisprudencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo es ya muy abundante y reiterada en materia de garantía de indemnidad. Basta con remitir, por todas, a las SSTS 17 de junio de 2015 (rcud 2217/2014), 27 de enero de 2016 (rcud 2787/2014), 18 de marzo de 2016 (rcud 1447/2014), 26 octubre 2016 (Pleno, rcud 2913/2014), 25 de enero de 2018 (rcud 3917/2015), 21 de febrero de 2018 (rcud 2609/2015) y 22 de enero de 2019 (rcud 3701/2016) y a las por ellas citadas. De conformidad con esta jurisprudencia, para que opere el desplazamiento hacia el empresario de la carga de prueba, no basta simplemente con que el trabajador afirme la vulneración de la garantía de la indemnidad (o de cualquier otro derecho fundamental), sino que ha de acreditar un indicio o -sin que proceda realizar mayores precisiones- un principio de prueba que permita deducir que aquella vulneración se puede haber producido (se remite, por ejemplo, a las SSTS 26 de abril de 2018, rcud 2340/2016 , y 22 de enero de 2019, rcud 3701/2016). Esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado, ciertamente, que, con carácter general, la mera reclamación de fijeza del trabajador no resulta indicio suficiente de la vulneración de la garantía de indemnidad si el contrato se extingue en la fecha que estaba inicialmente prevista (SSTS 196/2020, 3 de marzo de 2020, rcud 61/2018 ; 356/2020 , 19 de mayo de 2020, rcud 4496/2017 ; y 540/2020 , 29 de junio de 2020, rcud 2778/2017). Pero, además de que las cuestiones relacionadas con la lesión de la garantía de indemnidad dependen mucho de las circunstancias concurrentes en cada caso".*

Inalterado el hecho probado Quinto de la sentencia, resulta probado que el actor dirigió a la empresa un email en que le comunicaba que "... a efectos prácticos había sido objeto de una fuerte rebaja del sueldo, y eso no tiene sentido y no satisface mis necesidades familiares...", para precisar después que "...mi edad, mi experiencia



profesional y mi situación familiar no me permiten que mi retribución baje 200 euros al mes y no puedo esperar 6 meses más una posible subida de 70 euros...".

Aunque la reducción en el sueldo tenga por causa un aumento en la retención del IRPF, lo cierto es que el recurrente está comunicando en este email a la empresa que está en desacuerdo por motivos profesionales, personales y familiares con la rebaja en el sueldo de 200 euros al mes, reclamando a la empresa el volver a percibir el salario que antes recibía. Reclamación extrajudicial del trabajador que dió lugar 26 días más tarde a la comunicación de la extinción de su contrato por no ajustarse a la filosofía del resto del equipo y no tener el talante del resto de compañeros en su relación con los clientes

El actor ha aportado indicios de vulneración del derecho a la indemnidad, consistentes en que tras su reclamación salarial fue despedido por la empresa, sin que la empleadora haya probado una justificación objetiva, razonable y suficientemente probada de la extinción, lo que obliga a declarar la nulidad del despido por tratarse de una vulneración del derecho a la indemnidad como reacción a la reclamación del trabajador con las consecuencias de los artículos 55 del ET y 108 de la ley reguladora LRJS.

QUINTO.- Según el artículo 183.1 LRJS la estimación de la nulidad del despido lleva aparejada la fijación de una indemnización por daño moral derivado de la vulneración del derecho fundamental. En la demanda se solicitan 103.000 euros por daño moral, importe que se encuentra dentro del grado medio de la horquilla de la sanción entre los 30.001 y los 225.018 euros que para las infracciones más graves prevé el artículo 8.12 de la LISOS.

En relación con la determinación y cuantificación del resarcimiento por daños y perjuicios, y por lo que hace referencia al daño moral, la doctrina unificada ha venido declarando (por todas, STS de 17 de diciembre de 2.013, RECU 109/2012), que " *el Tribunal para cumplir con el deber de pronunciarse sobre la cuantía del daño, la podía determinar prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño*". Y también se ha venido declarando que la indemnización no solo cumple una función resarcitoria, sino también la de prevención general (STS de 5 febrero y 13 julio 2015, rcud 77/2014 y 221/2014, respectivamente, 18 mayo y 2 noviembre 2016, rcud 37/2015 y 262/2015, respectivamente, y 24 enero y 19 diciembre 2017, rcud. 1902/2015 y 624/2016, respectivamente). Admitiéndose también (por todas, SSTS de 24 de enero de 2017, Rcu. 1092/2015 y de 19 de diciembre de 2017, Rcu. 624/2016) como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales el acudir a los criterios de la LISOS.

Esta normativa, en su artículo 8.12) califica como falta Muy grave: " *Las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua dentro del Estado español, o por razón de discriminación por disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales*".

Infracción muy grave en materia de relaciones laborales que el artículo 40.1. c) de la misma Ley sanciona " ... *en su grado mínimo con multa de 7.501 a 30.000 euros, en su grado medio, de 30.001 a 120.005 de euros; y en su grado máximo, de 120.006 a 225.018 euros*".

La sanción debe ser justificada y proporcionada a los perjuicios morales sufridos por la actuación de la empresa, y teniendo en cuenta las circunstancias de que ésta se dedica a defensa de los trabajadores/as, la patología depresiva en que incurrió el recurrente tras el despido, y la edad de 55 años en el momento en que le despidieron, con la consiguiente dificultad en encontrar un nuevo empleo que se constata en el relato fáctico, en la redacción otorgada por esta Sala, se considera adecuado el importe de 60.000 euros, a cuyo pago se condena a la empresa en concepto de daños morales. Sin que proceda condena al pago del 3% de interés legal por no encontrarnos ante una cantidad vencida, líquida y exigible como requiere reiterada jurisprudencia para que proceda condena al pago de interés legal. Razonamientos que determinan la estimación en parte del recurso, la revocación de la sentencia, y la estimación en parte de la demanda, sin necesidad de examinar el último argumento jurídico alegado con carácter subsidiario en caso de no aceptarse la nulidad del despido, de petición de mayor indemnización por despido improcedente que la establecida en el artículo 56 del ET.

SEXTO.- Estimación del recurso que no conlleva condena en costas en aplicación del principio de vencimiento objetivo previsto en el artículo 235 de la LRJS.

Vistos los preceptos mencionados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,



FALLAMOS

Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de suplicación interpuesto por el Sr. Bienvenido contra la sentencia dictada en fecha 11 de enero de 2023 por el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona en los autos nº 173/2022, debemos revocar y REVOCAMOS dicha resolución, y DECLARAMOS la nulidad del despido del actor de fecha 26-01-2022, acordando su readmisión inmediata en las mismas condiciones que existían antes del despido, con abono de una indemnización de 60.000 euros por daño moral. Sin pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. Sr/a. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.