

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN (Sede en Valladolid)**

*Sentencia 1937/2015, de 18 de noviembre de 2015*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 2005/2015*

**SUMARIO:**

**Despido disciplinario nulo. Cese de la trabajadora por realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal tras un aborto. Discriminación por razón de sexo. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales.** En el caso analizado, la empresa no discutió que el despido fuese nulo por discriminatorio, tal y como se alegaba en la demanda presentada por la trabajadora, que indicaba que, aparte de no realizar tal tipo de actividades, existía discriminación por razón de sexo. Precisamente porque la empresa se allanó sobre tal extremo procede fijar la indemnización reparadora de la vulneración de tal derecho fundamental, pues no se trata de un caso en que proceda declarar la nulidad por ser despido ilegal de trabajadora en periodo de protección tras aborto, es decir, despido nulo por automatismo legal, sino que se trata de despido nulo por vulneración de derecho fundamental, el de no ser discriminada por causa prohibida, cual es la razón de sexo. Se considera razonable que se haya fijado la indemnización sobre el importe que se fija en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social para la falta administrativa correspondiente a la enjuiciada en el caso cometida por la empresa.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 55.5.

**PONENTE:**

*Don Rafael Antonio López Parada.*

Magistrados:

Don EMILIO ALVAREZ ANLLO  
Don JOSE MANUEL RIESCO IGLESIAS  
Don RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

**T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL**  
VALLADOLID

SENTENCIA: 01937/2015

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax: 983.25.42.04

NIG: 24115 44 4 2015 0000191

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002005 /2015 RL

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000094 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Salome, CC&CC BEMBIBRE S.L.

ABOGADO/A: GERARDO NEIRA FRANCO, GEMMA RODRIGUEZ PALMEIRO

PROCURADOR: CESAR ALONSO ZAMORANO,

GRADUADO/A SOCIAL:,,

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL, Salome, CC&CC BEMBIBRE S.L.

ABOGADO/A:, GERARDO NEIRA FRANCO, GEMMA RODRIGUEZ PALMEIRO

PROCURADOR:, CESAR ALONSO ZAMORANO,

GRADUADO/A SOCIAL:,,

Ilmos. Sres. Recurso n.º 2005 /2015

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente de la Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael Antonio López Parada/ En Valladolid a dieciocho de noviembre de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 2005 de 2.015, interpuesto por Salome contra sentencia del Juzgado de lo Social N.º 1 DE PONFERRADA de (Autos:94/15) de fecha 16/04/15, en demanda promovida por Salome contra CC BEMBIBRE S.L,y habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL sobre DESPIDO DISCIPLINARIO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Con fecha 23 de febrero del 2015, se presentó en el Juzgado de lo Social de PONFERRADA Número1, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

#### **Segundo.**

En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:

"PRIMERO. La actora, DOÑA Salome, con DNI NUM000, vino prestando servicios para la empresa demandada desde el 11/3/2013 con la categoría de teleoperadora y un desalario cié 876,36 euros mensuales incluida prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO. La actora se encuentra en situación de incapacidad temporal por aborto diferido desde el día 3/11/2014.

TERCERO. El día 16/1/2015 la empresa le entregó una carta que textualmente decía:

"Muy Sra. nuestra:

Por la presente le comunicamos que la Dirección de esta empresa ha tenido conocimiento de que usted, a pesar de su supuesta imposibilidad para trabajar al encontrarse de baja por incapacidad temporal desde el día 18/11/2014, ha venido desarrollando en los últimos meses una vida absolutamente normal y realizando toda clase

de tareas cotidianas así como desempeñando actividades laborales en otras mercantiles, lo cual pone de manifiesto su absoluta capacidad para el trabajo.

Estas actividades realizadas por su parte han sido reales, probadas a través de medios audiovisuales, tal y como se demostrará en el momento procesal oportuno.

Su conducta demuestra que usted ha prolongado fraudulentamente y artificiosamente su situación de incapacidad mediante la ocultación de su verdadera capacidad y sin haber solicitado la efectiva reincorporación a su puesto de trabajo, a pesar de mostrar, al menos en los últimos meses, una capacidad absoluta para atender a las obligaciones laborales inherentes a su puesto de trabajo, realizando actividades que ponen de manifiesto su absoluta recuperación.

De lo contrario, esos hechos serían igualmente acreditativos de que usted ha realizado actividades que son incompatibles con esa situación de incapacidad, impidiendo su recuperación, habida cuenta que dichas actuaciones pueden entorpecer o retrasar la misma, así como actividades laborales estando en situación de incapacidad temporal.

Los hechos referidos se encuentran tipificados en el artículo 44.6 del Convenio Colectivo de Trabajo de la Empresa CC&CC BEMBIBRE, S.L., para los años 2013 y 2014 (SOPLE de 23 de Enero de 2013), y con base en el artículo 58 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que tipifica como falta muy grave "Realizar trabajos estando en situación de incapacidad temporal, así como realizar manipulaciones o falsedades para prolongar aquella situación. 1 así como en el artículo 54.2.d) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Por ello, y de conformidad con el artículo 45.3.C) del Convenio Colectivo citado, le informamos de que con efectos de esta misma fecha, 16/01/2015 queda resuelta su relación laboral con esta empresa, en aplicación de la sanción de DESPIDO.

Lo que se le comunica para su conocimiento y efectos".

CUARTO. La parte actora no ostenta no ha ostentado en el último año la representación legal ni sindical de los trabajadores.

QUINTO. La parte actora presentó papeleta de conciliación en fecha 23/2/2015 celebrándose en fecha 12/3/2015 resultando intentado sin efecto.

SEXTO. Agotada la vía previa la parte actora interpuso demanda el día 23/2/2015."

### **Tercero.**

Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte demandante y demandada fue impugnado por los mismos. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

Contra la sentencia de instancia, que estimó parcialmente la demanda, declaró nulo el despido y condenó a la empresa al abono de una indemnización por daño moral de 3000 euros, recurren ambas partes, la empresa pretendiendo simplemente la supresión de la indemnización por daños morales y la trabajadora la elevación de la cuantía de la indemnización a 6.251 euros.

Debe comenzarse con los motivos de recurso amparados en la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social dirigidos a revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, que solamente se esgrimen en el recurso de la empresa. Estos deben ser rechazados desde el momento en que no se cumplen los requisitos mínimos para su análisis, puesto que ni se propone texto alternativo ni se identifican concretamente en autos los documentos o pericias en los que se fundamentaría la pretensión revisoria.

El recurso de suplicación tiene naturaleza extraordinaria y no constituye una apelación o segunda instancia, dado que en el proceso laboral solamente existe una instancia, de manera que es el Magistrado de instancia el competente para la práctica y valoración de las pruebas con arreglo a los principios de inmediatez, oralidad y concentración. Una de las consecuencias de esta configuración es que la sentencia de instancia solamente puede ser impugnada por motivos tasados, que son los consignados en el artículo 193 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social. Aunque el apartado b del artículo 193 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, permite la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a través de los correspondientes motivos de suplicación, esta posibilidad de revisión es limitada, dada la naturaleza extraordinaria del recurso y el principio de instancia única. De acuerdo con una conocida y reiterada doctrina jurisprudencial, proveniente de la establecida por el Tribunal Supremo en el supuesto análogo de la casación (así,

sentencias de 11 de junio de 1993, 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995, 2 y 11 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2002 ó 12 de mayo de 2003), para que dicha revisión pueda prosperar es preciso que el motivo de recurso amparado en la letra b del artículo 193 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, cumpla los siguientes requisitos formales:

- a) Debe concretar exactamente el ordinal de la relación fáctica de instancia que haya de ser objeto de revisión;
- b) Debe señalar el sentido en que ha de ser revisado, es decir, si hay que adicionar, suprimir o modificar algo; y
- c) Debe proponer, mediante un texto alternativo al contenido en la sentencia de instancia, la nueva redacción que debe darse al hecho probado, salvo se pida la supresión total del correspondiente ordinal del relato fáctico.

Estos requisitos se concretan hoy en el artículo 196.3 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, que exige que cada motivo de revisión de los hechos probados debe indicar la formulación alternativa que se pretende, lo que significa que debe decir qué ordinal debe modificarse y cuál ha de ser el nuevo texto.

El incumplimiento de estos requisitos determina el fracaso del motivo de revisión fáctica, sin necesidad de entrar en su análisis. Si tales requisitos se cumpliesen, la revisión podría prosperar siempre y cuando:

- a) Se apoye la pretensión en prueba documental o pericial;
- b) Dicha prueba obre en autos o haya sido aportada en trámite de suplicación válidamente conforme al artículo 233 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social.
- c) Se concrete con exactitud el documento o pericia en el que se funda la revisión fáctica pretendida;
- d) Se evidencie el error del Juzgador de instancia de la prueba documental o pericial señalada por el recurrente y no se limite a conjeturas o hipótesis realizados a partir de la misma; y
- e) La revisión tenga trascendencia para provocar la anulación de la sentencia o la revocación del fallo mediante la estimación del recurso de suplicación.

Estos requisitos se concretan hoy en el artículo 196.3 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, que exige que cada motivo de revisión de los hechos probados, al indicar la formulación alternativa que se pretende, señale, de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base.

Ha de hacerse notar que en ningún caso puede pretenderse en suplicación es una nueva valoración por parte del Tribunal Superior del conjunto de la prueba practicada en instancia, ni la práctica de nuevas pruebas (con la excepción en este caso de lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social).

Y, como se ha visto, en este caso no se cumplen los requisitos para entrar en el análisis fáctico que se pide en orden a revisar los hechos declarados probados en instancia.

## **Segundo.**

El segundo motivo de recurso de la empresa se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y no concreta el artículo o precepto normativo cuya vulneración se denuncia, sino que se limita a citar una sentencia de la Sala, alegando que en este caso no aparece acreditado un daño concreto indemnizable, además de negar que existiera conducta discriminatoria, por asegurar que, aunque el despido sea nulo, la empresa no tenía conocimiento de la situación de la trabajadora cuando practicó el mismo.

Lo primero que ha de señalarse es que el fracaso de la revisión de hechos probados implica que no podamos partir de que la empresa desconociera la situación de la trabajadora cuando practicó el despido, máxime ante la preexistencia de la baja médica y su duración.

Por otra parte es cierto que en estos casos ha de hacerse una diferencia. En los supuestos de circunstancias personales y familiares que llevan a la declaración de nulidad de un despido conforme a los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (sentencias de 17 de octubre de 2008, RCU 1957/2007, 6 de mayo de 2009, RCU 2063/2008, 16 de enero de 2009, RCU 1758/2008, 17 de marzo de 2009, RCU 2251/2008, 13 de abril de 2009, RCU 2251/2008 ó 31 de octubre de 2013, RCU 3279/2012), siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 92/2008), nos dice que la modificación introducida por la Ley 39/1999 en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores consistió en introducir diversos supuestos de nulidad relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales y que en el caso concreto del artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores el análisis de su tenor literal y de su finalidad no permiten apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el

empresario. Por el contrario, hay que considerar que estamos ante una garantía que opera con un carácter objetivo y automático que se vincula exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente, sin contemplar requisito específico alguno de comunicación del embarazo al empresario, ni de conocimiento previo por parte de éste del hecho del embarazo. De esta forma, se ha configurado por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas en la medida en que se exime de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que, por otra parte, presenta en la práctica evidentes dificultades de acreditación, que, sin duda, el legislador ha tratado de obviar para lograr una protección más efectiva de las trabajadoras embarazadas frente al despido. Por tanto estas normas configuran "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".

Sin embargo no puede entenderse que la indemnización por vulneración de derechos fundamentales regulada en el artículo 183 de la Ley de la Jurisdicción Social siga la misma pauta de objetivización, sino que requiere de que quede acreditada una conducta contraria al derecho fundamental. Por consiguiente la imposición de indemnización en casos de declaración de despido nulo, cuando éste ha devenido tal por la aplicación puramente objetiva de los artículos 55.5.b del Estatuto de los Trabajadores y 108.2.b de la Ley de la Jurisdicción Social, exige que, además, se pueda considerar acreditado que la actuación empresarial tuvo una intencionalidad discriminatoria. Por tanto, como señalamos en la sentencia de esta Sala de 17 de julio de 2013 (suplicación 1171/2013), se hará precisa, además de la mera constatación del hecho determinante de la nulidad objetiva, de una conducta vulneradora de los derechos fundamentales, lo que exigirá el análisis casuístico de cada concreto supuesto que haya de juzgarse.

Ahora bien, para valorar la situación en el caso concreto ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 86.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, que incorpora normativamente en este ámbito jurisdiccional abundante jurisprudencia constitucional previa, así como el artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Dice dicho artículo 86.1 de nuestra Ley jurisdiccional lo siguiente:

"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".

Efectivamente, tratándose de la tutela frente a actos lesivos de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha subrayado de forma reiterada la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Con objeto de precisar con nitidez los criterios aplicables en materia probatoria cuando están en juego posibles vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, resulta oportuno remitirse a lo señalado en la sentencia 87/2004, en la cual, sistematizando y resumiendo reiterada doctrina anterior, el Tribunal Constitucional dice que la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los artículos 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (sentencia 38/1981), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (sentencia 38/1986), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, sentencias 114/1989 y 85/1995). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable

presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales (lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria - sentencia 114/1989), que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (sentencias 38/1981 y 136/1996). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (sentencias 197/1990 y 136/1996).

En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (sentencias 90/1997 y 29/2002).

Y lo que ocurre es que en este caso, a diferencia del resuelto por esta Sala en la sentencia de 17 de julio de 2013 antes citada, es que sí aparece un panorama indiciario de discriminación por el hecho de que la trabajadora se encontrase de baja laboral por razón de su embarazo y el aborto, resultando que en este caso la empresa se ha allanado a la pretensión principal y no intentó ni la más mínima prueba de que su conducta fuese ajena a una intencionalidad discriminatoria. Es decir, el despido en este caso es nulo no por la mera aplicación de la norma objetiva del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, sino porque, aunque tal norma no existiera, la situación de baja por embarazo o maternidad produce un panorama indiciario de que un despido en tal situación puede tener relación con tal circunstancia y ello obliga al empresario a acreditar que su motivación ha sido ajena a tal finalidad, incluida la prueba, en su caso, de que desconociera tal circunstancia. Por tanto el despido era nulo en este caso no solamente por aplicación de la norma objetiva, sino por considerarse acreditada discriminación ilícita en base a las normas aplicables a la valoración de la carga de la prueba. Por consiguiente existe vulneración de derechos fundamentales y procede la indemnización por tal causa.

### **Tercero.**

Por lo que se refiere a la existencia de daño moral indemnizable, cuya existencia niega la empresa recurrente, una vez acreditada la existencia de discriminación, debe recordarse que actualmente el artículo 183 de la Ley de la Jurisdicción Social dispone la necesaria indemnización del daño moral, debiendo presumirse iuris et de iure que éste existe cuando se ha producido la violación de un derecho fundamental. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez debe 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. Esto es, aunque no se acrediten los daños y perjuicios adicionales, el daño moral sí existe y es indemnizable, por lo que el tribunal se ha de pronunciar 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. Por tanto si lo que se solicita es la indemnización de daños y perjuicios de los que la Ley denominada "adicionales" será precisa su alegación y prueba, pero no así del daño moral, que resulta de la propia vulneración del derecho fundamental y ha de ser indemnizado. Por otra parte en caso de despido la ley dice que la indemnización es compatible con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales, por lo cual, dejando aparte el daño concreto (adicional, en los términos legales) de la pérdida de empleo, el daño moral debe indemnizarse por separado. En este sentido esta Sala sí debe corregir de forma expresa y tajante los argumentos que utilizó al respecto en la sentencia de 17 de julio de 2013 (suplicación 1171/2013), antes citada.

Por consiguiente el recurso de la empresa es desestimado.

### **Cuarto.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 400 euros. Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de

la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, debe decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir conforme al artículo 229 de la misma Ley y disponerse la pérdida de las consignaciones y el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado conforme al artículo 230 de la misma Ley, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

#### **Quinto.**

El recurso de la trabajadora tiene un único motivo de la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social en el que denuncia la vulneración del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 8.12 y 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto).

Lo que se discute es la cuantificación de la indemnización fijada por el daño moral, pretendiendo que se aplique como cuantía la que correspondería conforme a la LISOS en concepto de sanción administrativa de multa por infracción muy grave, conforme a su cuantía mínima. La pretensión ha de rechazarse, porque si bien la cuantía de las multas previstas en la normativa administrativa sancionadora pueden utilizarse como un parámetro indicativo, no son directamente aplicables para fijar el importe del daño moral, ni tienen naturaleza vinculante para el órgano judicial, de manera que en modo alguno puede entenderse que se haya vulnerado, como se denuncia, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Por otra parte, al tratarse de una cuestión de hecho, la fijación de la indemnización debe responder a un principio de coherencia con los parámetros que el órgano judicial haya decidido utilizar, pero si la fija aplicando un criterio de razonabilidad que atienda a las circunstancias, solamente debe ser corregida por vía de recurso cuando el tribunal ad quem observe alguna desviación o desproporción en el criterio aplicado, lo que en este caso no sucede.

En sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2012, recurso 67/2011, 5 de febrero de 2013, recurso 89/2012 y 11 de febrero de 2015, recurso 95/2014, el Tribunal Supremo ha dicho que es válido y razonable tomar como referencia para cuantificar la indemnización debida el montante de la sanción establecida para la infracción del derecho fundamental en cuestión por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Pero en principio la cuantificación de los daños es algo que corresponde al juzgador de instancia y que solamente debe ser revisada si es manifiestamente irrazonable o arbitraria (sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998, recurso 1884/1997, 12 de diciembre de 2005, recurso 59/2005 ó 25 de enero de 2010, recurso 40/2009), siendo el órgano jurisdiccional de instancia, atendidas las circunstancias del caso, quien debe fijar el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable. Por tanto si el órgano de instancia hubiera decidido aplicar como parámetro para la fijación de la indemnización el importe de las sanciones conforme a la LISOS, ello sería en principio válido y razonable e incluso podría ser revisable jurisdiccionalmente cuando no aplicase correctamente esa norma (como ocurre en el caso de la valoración de daños personales cuando el órgano judicial decide ajustarse al baremo propio de los accidentes de circulación), pero si no lo ha hecho y ha fijado la indemnización de otra forma distinta, solamente podrá ser revisada la cuantía cuando la misma sea desproporcionada o irrazonable. Cuestión distinta es que la Sala hubiera de fijar la indemnización ex novo con motivo del recurso, en cuyo caso, como hizo el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 11 de febrero de 2015, recurso 95/2014, podría optar por tomar como referencia el importe de las sanciones que resultaría con arreglo a la LISOS. Pero en este caso, como decimos, la indemnización viene fijada en la sentencia de instancia y la Sala no observa ninguna desviación de parámetros de razonabilidad o desproporción en la cuantía fijada.

El recurso por tanto se desestima también. No se imponen las costas a la recurrente en este caso por ser titular ex lege, en cuanto trabajadora, del derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 235.1 de la Ley de la Jurisdicción Social en relación con el artículo 2.d de la Ley 1/1996, de 10 de enero).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y

**EN NOMBRE DEL REY**

**FALLAMOS**

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Carmen Monsalve Maldonado en nombre y representación de CC&CC Bembibre S.L., asistidos por la letrada D<sup>a</sup> Gemma Rodríguez Palmeiro, contra la sentencia de 16 de abril de 2015 del Juzgado de lo Social número uno de Ponferrada, en los autos número 94/2015. Se imponen a CC&CC Bembibre S.L. las costas de su recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 400 euros. Se decreta igualmente la pérdida del depósito

constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos. Desestimar igualmente el recurso interpuesto por el letrado D. Gerardo Neira Franco en nombre y representación de D<sup>a</sup> Salome contra la misma sentencia.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, librese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social..

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm 2031 0000 66 2005/15 abierta a nombre de la sección 2<sup>a</sup> de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social..

Firme que sea esta Sentencia, devuélvase los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.