

## Juzgado de lo Social N.º 3 de Gijón, Sentencia 163/2018 de 18 Abr. 2018, Rec. 697/2017

**Ponente:** Ordóñez Díaz, Catalina.

**Nº de Sentencia:** 163/2018

**Nº de Recurso:** 697/2017

**Jurisdicción:** SOCIAL

Despido nulo de trabajadora con discapacidad por exigir un vestuario femenino

DESPIDO NULO. Trabajadora con discapacidad de centro especial de empleo despedida en el periodo de prueba tras exigir un vestuario para mujeres y por negarse a aceptar el descuento de las vacaciones o de la retribución el tiempo de ausencias justificadas por asistencias médica. Se trata de una relación especial y el proceder de la empresa choca con los objetivos que son propios de tal relación con trabajadores con discapacidad, máxime al no haberse acreditado mínimamente que no cumplió la trabajadora. Readmisión imposible por haber tenido ya lugar la fecha contractualmente prevista para la extinción del contrato.

*El J.S. núm. 3 de Gijón estima la demanda, declara la nulidad del despido condenando a la empresa al abono de indemnización y salarios de tramitación, con devengo del interés legal.*

### JDO. DE LO SOCIAL N. 3

#### GIJON

#### SENTENCIA: 00163/2018

#### DEMANDA 697/2017

En Gijón, a 18 de abril de 2018

En nombre del Rey, la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, doña Catalina Ordóñez Díaz, ha dictado esta **SENTENCIA** en materia de despido y vulneración de derechos fundamentales

Demandante:

Doña Adriana

Demandada:

Nueva Apex Fabricaciones SL / Letrado don Ceferino Menéndez

Ministerio Fiscal

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El demandante presentó demanda en solicitud de juicio y sentencia que declare la nulidad del despido de 22-9-2017, con condena de la demandada a las consecuencias legales que de ello se derivan.

Acumula acción de reclamación de 4.521,29€, en concepto de retribución de seis meses pactados de relación laboral e indemnización por cese en un contrato temporal, descontado lo abonado por la empresa (514,57€).

Acompaña acta de conciliación celebrada sin avenencia el 18-10-2017, tras presentar papeleta de conciliación el 4-10-2017 por despido y en reclamación de 4.800€.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se señaló el 7 de enero para la celebración del juicio y llegado ese día se suspendió a petición de la actora, bajo argumento de precisar de un tiempo para comprobar determinados aspectos de los informes expedidos para justificar las fechas de citas médicas, a lo que la demandada no se opuso con el fin de facilitar a la demandante la posibilidad de comprobación que refería.

**TERCERO.-** Se señaló nueva fecha para la celebración del juicio, que tuvo lugar el 14 de marzo, con asistencia de demandante y demandada.

El Ministerio Fiscal excusó la asistencia.

La parte actora ratificó la demanda.

La demandada contestó y se opuso a la demanda.

Se incorporó la prueba documental aportada y se oyó al testigo que propuso la demandada don Cesar . La demandante aporó dispositivo electrónico en el que dijo poder constatar las fechas en que realizó las fotografías que forman parte de la prueba documental de esa parte. Ante la falta de medios con que reproducir la imagen en el acto del juicio, se acordó unir el dispositivo y ponerlo a disposición de la parte demandada para su examen en las dependencias del Juzgado por tres días.

En conclusiones cada parte insistió en sus respectivos planteamientos.

**CUARTO.-** El juicio quedó visto para sentencia el día 20 de marzo.

## **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** Doña Adriana firmó contrato de trabajo con Randstad Empleo Empresa de Trabajo Temporal SA el 25/1/2010, diciéndose con título en formación profesional de Grado medio, para prestar servicios hasta finalizar la obra identificada como " NUM000 ", en la categoría de Operaria, para la empresa usuaria Nueva Apex Fabricaciones SL, en trabajos de cableado de instalaciones eléctricas, a jornada completa, sometida a una periodo de prueba de 15 días.

Permaneció de alta por cuenta de esa empresa de Trabajo Temporal de 25/1/2010 a 30/7/2010. En ese tiempo se dedicó al cableado y encintado de cables, labor que consistía en colocar el cable ya preparado en unas guías sobre un panel y un plano.

**SEGUNDO.-** Por resolución de 24/1/2005 de la Dirección General de Trabajo (Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias), Nueva Apex Fabricaciones SL quedó descrita como empresa dedicada a la actividad de fabricación de material electromecánico, para dar ocupación a trabajadores con discapacidad, formándoles a su costa, para hacer posible el acceso a un puesto de trabajo digno y remunerado. Como tal quedó calificada e inscrita en el Registro de Centros Especiales de Empleo.

**TERCERO.-** Por resolución de 17/2/2017 doña Adriana vio reconocida la condición de persona con discapacidad del 35%.

**CUARTO.-** El 4/9/2017 la Sra. Adriana y la empresa Nueva Apex Fabricaciones SL firmaron contrato de trabajo, de duración determinada, eventual por aumento de la producción, de la modalidad "Contrato personas con discapacidad en Centro Especial de Empleo", para prestar servicios de Operaria, de lunes a viernes, desde el 4/9/2017 hasta el 3/3/2018, sometido el contrato a un periodo de prueba de 1 mes (expresamente contemplado como periodo de adaptación al trabajo), bajo las disposiciones del Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad y del RD 1368/1985 .

**QUINTO.-** En el contrato de trabajo la trabajadora figura con estudios primarios completos.

**SEXTO.-** En la ejecución del trabajo a partir del 4/9/2017 doña Adriana entró a depender el encargado del taller eléctrico, don Cesar .

**SÉPTIMO.-** El cometido laboral de la trabajadora a partir del 4/9/2017 consistía en montar cuadros de circuitos, para ello pone los componentes a los cables y los prepara para después usarlos en otro puesto de trabajo.

La ejecución de este trabajo se efectúa partiendo de instrucciones escritas que figuran en una orden de trabajo, donde se especifica tipo y longitud del cable, qué final de carrera hay que poner (componentes) y como pegar el

cable.

Su trabajo quedó registrado como "Arm. Man. 19KW 400V Var. + By-pass RvDO" y como "Cajas de derivación" y como "Caja inferior para monitorización APC Palma".

**OCTAVO.-** En el control diario de trabajo de la empresa la trabajadora figura con tres ausencias "por asistencia médica", que corresponden a los días 5, 13 y 20 de septiembre.

El día 5 acudió a consulta médica en un centro hospitalario. Tenía cita a las 8:45 horas y salió del centro a las 13:5 horas. Entregó justificante en la empresa.

El día 13 acudió a consulta médica en un centro hospitalario. Tenía cita a las 8:45 horas. Entregó justificante a la empresa firmado el 13/9/2017 donde figura "fecha cita 20/9/2017 a las 8:45 horas".

El día 20 acudió a consulta médica en centro hospitalario. Tenía cita a las 8:45. Entregó justificante en la empresa.

**NOVENO.-** La trabajadora no se mostró de acuerdo con la advertencia de la empresa de descartar las ausencias justificadas por asistencia médica con cargo a los días de vacaciones o a la retribución.

**DÉCIMO.-** La trabajadora, única mujer en un grupo de trabajadores, pues otra trabajadora de la plantilla permanecía en situación de incapacidad temporal, no disponía de taquilla para su uso personal ni de llave para cerrar el baño que utilizaba para cambiarse y dejar sus cosas.

Por dos veces se quejó al encargado de que los compañeros utilizabas ese espacio para fumar y defecar sin guardar la higiene debida.

El encargado preguntó al personal por ese comportamiento y no tuvo respuesta.

Coincidiendo con el que fue su último día de trabajo, la trabajadora pidió al encargado que le entregara una llave del baño para mantener cerrado ese espacio.

**UNDÉCIMO.-** El 22 de septiembre la empresa comunicó a la trabajadora la extinción del contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba y confeccionó un recibo de salarios y finiquito por el total de 561,46€ brutos, que comprendían: salario base (19 días) por 448,21€; parte proporcional de pagas extraordinarias 74,70€; finiquito 38,55€ en concepto de parte proporcional de vacaciones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demandante afirma que fue objeto de un despido nulo. Argumenta que la empresa no podía hacer uso de una cláusula contractual nula, como es la que fija un periodo de prueba, dado que ya había prestado servicios para la demandada por medio de un contrato de trabajo que tuvo incorporado y superado un periodo de prueba.

La demandada opone a la alegación de la demandante sobre nulidad de la cláusula del contrato que no al último contrato no le otro anterior y ya remoto, en virtud del cual la demandante prestó servicios distintos, desprovistos de la mayor laboriosidad de los últimos y, además, sin que entonces reuniera la condición de persona con discapacidad. Sostiene que la empresa hizo legítimo y lícito uso del recurso de desistir del contrato durante el periodo de prueba y para así afirmar se apoya en la sentencia del Tribunal Supremo de 12-7-2012 .

Vienen al caso los artículos 14 del Estatuto de los Trabajadores (ET ) y 22 del convenio colectivo de aplicación.

El artículo 14 ET dispone que " *podrá concertarse un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 ET concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en el convenio colectivo. El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba. Será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación. Durante el periodo de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso* ".

El artículo 22 del convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad indica que " *el personal de nuevo ingreso quedará sometido a un periodo de prueba, que no podrá exceder de la señalada*

*en una escala determinada, que para el personal de producción es de 1 mes. Para el personal con relación laboral de carácter especial de los centros especiales de empleo se establecerá en el contrato de trabajo, formalizado con el trabajador con discapacidad, un periodo de adaptación que tendrá el carácter y la naturaleza del periodo de prueba a todos los efectos y que no podrá tener una duración superior a la establecida en este mismo artículo para el periodo de prueba en función del grupo profesional en el que esté encuadrado. No será válido el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador o trabajadora haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa y dentro de su grupo profesional o puesto de trabajo, bajo cualquier modalidad de contratación, salvo que no haya agotado el periodo máximo de prueba previsto en el anterior contrato, en cuyo caso se podrá pactar un periodo de prueba por la diferencia ".*

La STS 12-7-2012 trata así el recurso jurídico al periodo de prueba: *" El núcleo de la regulación del período de prueba del contrato de trabajo es la facultad de desistimiento de la relación laboral atribuida durante su transcurso tanto al empresario como al trabajador, que se ejercita en principio libremente y sin preaviso. El período de prueba es de aplicación solamente cuando hubiera sido acordado como pacto escrito en el momento de la celebración del contrato. La libertad de desistimiento durante el período de prueba supone que ni el empresario ni el trabajador tienen, en principio, que especificar los motivos del cese, ni acreditar los hechos o circunstancias determinantes del mismo, ni tampoco expresar la decisión extintiva mediante una forma preestablecida. La finalidad o razón de ser del instituto del período de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado. En términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del período de prueba podría formularse así <en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes de la relación individual de trabajo pueden disponer, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 ET de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos>. Durante el período o plazo de prueba, cuyo pacto cabe incardinar genéricamente entre las causas de extinción consignadas válidamente en el contrato ( art. 49.1.b ET ), no rigen las reglas comunes del despido o de la dimisión del trabajador; ni se exige carta de despido, ni el empresario ha de expresar o acreditar las causas que motivan su decisión, ni tampoco el trabajador se encuentra vinculado por un deber de preaviso, siempre, claro está, que no quepa apreciar situaciones de fraude, discriminatorias o vulneradoras de derechos fundamentales".*

En supuestos como el presente de antecedentes laborales entre las partes, el TS en sentencia de 20-1-2014 dejó dicho que *" pretender que durante el primer contrato ya se pudieron comprobar las aptitudes y la capacidad del trabajador sería otorgar más importancia al dato meramente formal del tipo o modalidad del vínculo frente al elemento material de la realización de las experiencias que constituyen el objeto de la prueba, siendo esta finalidad lo relevante . Lo crucial es ese periodo para comprobar la aptitud del trabajador y no la finalización de una breve relación anterior en absoluto cuestionada. La interpretación correcta del último párrafo del art. 14.1 ET es que el pacto probatorio será nulo cuando el desempeño de las mismas funciones bajo cualquier modalidad contractual llegue a superar, singular o acumulativamente, el periodo total convencionalmente establecido para la prueba."*

En este caso no procede traer al contrato que nos ocupa aquella relación laboral pasada, pues ha quedado acreditado que la trabajadora no desempeñó las mismas funciones, aunque coincida la categoría profesional fijada en ambos contratos. La demandada aportó fotografías de la estructura material a manejar por la trabajadora en el primer contrato (1ª y 2ª fotografías) y la que manejó en el segundo (las restantes fotografías). Es de simple apreciación visual la diferencia entre una y otra. Para completar la información que ofrecen las fotografías la misma parte aporta el testimonio del encargado de la trabajadora durante la vigencia del segundo contrato, que explica los cometidos del cableado en cada caso, básico y guiado en el primer contrato, más elaborado y según instrucción escrita de tarea en el segundo. El testigo manifestó que para hacer el cometido propio del primer contrato no era necesario saber nada, para realizar el del segundo es necesario saber y tener destreza. Entre la prueba documental de la misma parte encontramos relación de control diario de trabajo de la demandante, con descripción del cometido genérico de cada día de trabajo, el simple cableado y encintado en el año 2010, la confección de cajas o cuadros de circuitos en el año 2017.

La nueva tarea a encomendar a la trabajadora explica el periodo de prueba, un periodo además ineludible para la modalidad de contrato laboral especial de que se trata, tal y como está previsto en el artículo 2.1 letra g) ET , el de

los trabajadores con discapacidad que presten servicios en centros especiales de empleo, pues en este caso cubría la exigencia de fijar en el contrato de trabajo un periodo de adaptación que tiene el carácter y la naturaleza del periodo de prueba, y que no había sido necesario en el año 2010, pues entonces el contrato de trabajo no revestía carácter especial ni la trabajadora contaba con la condición de persona con discapacidad, reconocida en el año 2017, según documento que aporta la demandada, circunstancia esta que por sí sola justifica la medida adoptada en el contrato de trabajo. Por consiguiente, la cláusula del contrato sobre periodo de prueba, que en el contrato de trabajo se identifica expresamente como periodo de adaptación, no es nula.

**SEGUNDO.-** La trabajadora pretende sobre despido nulo y expresamente descartó la pretensión sobre improcedencia. Sostiene que la empresa procedió al despido, no por no superación del periodo de prueba, una superación que dice satisfecha ya antes de la firma del contrato de trabajo, pues refiere que medió un proceso de selección que contaba con una parte práctica de la que el seleccionador la excluyó dada su preparación teórica y práctica, muy por encima de la de simple operaria y para un cometido tan básico como el que se le encomendó. No hay prueba alguna sobre esos particulares (proceso de selección, exclusión). En cualquier caso, la peculiaridad del periodo de prueba deja a la empresa libre de acreditar la no superación, si no fuera porque la demandante completa su argumentación a favor de la nulidad de la medida y alega que la empresa vulneró la garantía de indemnidad, sus derechos fundamentales, pues la extinción del contrato fue la respuesta a su exigencia de contar con un lugar como vestuario fuera del acceso indiscriminado de los compañeros varones, a los que atribuye un uso insalubre e intruso de ese espacio, así como a la negativa por su parte a no aceptar sin más que la empresa descuenta del tiempo de vacaciones o de la retribución el tiempo de ausencias justificadas por asistencias médicas.

Como quedó dicho en el fundamento anterior la discrecionalidad de la empresa para disponer de la vida del contrato de trabajo durante el periodo de prueba termina cuando la trabajadora le atribuye un comportamiento que puede vulnerar derechos fundamentales.

La necesidad de que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por su parte de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la dificultad que en ocasiones ofrece la posibilidad de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión del derecho fundamental, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial. De ahí que en esta materia imponga su presencia la prueba indiciaria, que como señala el Tribunal Constitucional (sentencia 76/2010 ) se articula en un doble plano: 1º-La necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión; 2º-Satisfecha aquella carga por el trabajador, al empresario compete acreditar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba trasciende el ámbito estrictamente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido.

A estas reglas se adaptan los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS en materia de carga de la prueba cuando se trata de conocer sobre vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

El artículo 181.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS ) impone a la demandante la carga de aportar en juicio indicios de que se ha producido la violación de derecho fundamental. Asumiendo esa carga la demandante interrogó al testigo propuesto por la empresa sobre las quejas por la intromisión de los compañeros de trabajo en la zona de la que ella podía disponer para cambiarse y dejar sus cosas, por lo que pidió a la empresa una llave para uso exclusivo de ese espacio. El testigo manifestó que la trabajadora se había quejado, que él preguntó a los compañeros por lo sucedido y no tuvo respuesta, que el último día de trabajo la demandante pidió llave del baño. Estos son acontecimientos presentes en el devenir de la relación laboral, que pudieran tener entidad de indicio de la extinción del contrato como respuesta empresarial a una actitud querellante de la trabajadora en cuanto a las condiciones (de la más pura intendencia) en que debía su presencia en el centro de trabajo durante la jornada laboral.

En las hojas de control diario de la demandante, que forma parte del documento nº 8 de la prueba documental aportada por la demandada, figuran las ausencias de la trabajadora por cita médica. Unas citas que la trabajadora

justificó ante la empresa, tal y como consta en la documental que ésta aporta, coincidente con la alusiva que aporta la demandante.

En el relato de la demanda la trabajadora manifiesta que había advertido a la empresa de la necesidad de acudir a consulta médica, que la empresa estuvo de acuerdo en ello y que atenta contra su salud el hecho de que pretendiera después descontar las ausencias bien del tiempo de vacaciones bien de la retribución. Añade que el visto bueno de la empresa a que se ausentara del trabajo por ese motivo había pesado en su decisión de suscribir el contrato de trabajo.

La demandante no aporta prueba de acuerdo alguno con la empresa para singularizar su situación en relación con las ausencias justificadas por la necesidad de acudir a consulta médica. Ahora bien, esta es una cuestión que tiene que ver con las especiales condiciones laborales del contrato singular que firmó con la demandante como contrato especial. En cualquier caso, la realidad de las ausencias, detalladas en el calendario laboral de la trabajadora por parte de la empresa a través de aquella relación documentada y en los justificantes aportados, dan credibilidad a la trabajadora sobre reacción de la empresa, esto es, sobre la pretensión de la empresa de descontar las ausencias del tiempo de las vacaciones o de la retribución.

El convenio colectivo indica que "tendrán la consideración de permisos no retribuidos las ausencias para visitas médicas que no deriven en baja laboral y serán descontados de la retribución del trabajador en el mes en que se produzca la visita médica que, en todo caso, habrá de justificarse por el trabajador. A los trabajadores con relación laboral especial en centros especiales de empleo no se les aplica esta previsión, pues el convenio contiene reglas específicas, de modo que el personal con relación laboral especial regulada en el RD 1368/1985 , previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, con derecho a remuneración, hasta 20 días en un año por el tiempo necesario en cada uno de estos días y, cuando el trabajador o trabajadora tenga contrato temporal de duración inferior al año, el número máximo de días en que puede hacer uso de este derecho se reducirá en la proporción correspondiente a dicha duración contractual. En estos casos de especial relación laboral, previo aviso y justificación, el trabajador podrá ausentarse del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, sin derecho a remuneración cuando haya agotado los 20 días antes previstos.

No constan los motivos de la asistencia médica dispensada a la trabajadora con ocasión de las tres citas documentadas en el periodo de prestación de servicios con la demandada. Pese a ello, desde la especialidad del contrato de trabajo, aprovecha a la demandante el recurso a la ausencia justificada en motivos médicos y retribuida que le reconoce el convenio colectivo. En consecuencia, la trabajadora ejercitaba su derecho laboral cuando no admitía sin más la decisión anticipada de la empresa de proceder al descuento retributivo o de descanso por vacaciones. La situación descrita constituye, también, un indicio de que la empresa consideró estos acontecimientos para decidir la extinción del contrato de trabajo.

En ambos casos, pretender un lugar adecuado en lo que es respeto a la intimidad y a la higiene debida en el medio laboral, con lo que ello tiene de relación con la dignidad de la trabajadora, y oponerse a una restricción de sus derechos laborales específicos ligados a su condición de trabajadora con discapacidad en un centro especial de empleo, cuenta con el amparo constitucional inmerso en la tutela judicial efectiva, de la que es manifestación y anticipo la garantía de indemnidad, en virtud de la cual ningún trabajador ha de sufrir consecuencia negativa alguna por el hecho de ejercitar los derechos que le corresponden en cuanto que tal, incluso cuando en ello no rebase la primera fase, esto es, se desenvuelva en el ámbito propio de la relación trabajador/empresa. El artículo 4.2.e) ET reconoce a la trabajadora el derecho a ser respetada en su intimidad y a que se la considere en su dignidad. Ese mismo artículo en la letra g) le reconoce el derecho a ejercitar de manera individual las acciones derivadas del contrato de trabajo.

**TERCERO.-** Una vez justificada por la parte demandante la concurrencia de indicios de vulneración de derechos fundamentales, el artículo 181.2 LRJS impone a la demandada la carga de aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Para desvirtuar el planteamiento de la actora sobre represalia empresarial al ejercicio por su parte de los derechos laborales, la demandada aporta el testimonio del encargado bajo cuya dirección inmediata trabajó la demandante. A

preguntas de la parte demandada el testigo manifestó que la trabajadora cometía fallos, se molestaba si la corregía, discutía con los compañeros y creaba un mal ambiente, así que dijo a la dirección "si está en periodo de prueba no me sirve para el puesto". De ese modo se atribuye la autoría de la decisión extintiva, hasta tal punto que la implicación que demuestra le priva de la objetividad necesaria para estimar en él un testimonio fiable sobre el que construir formalmente la verdad judicial. Como la demandante le interrogara acerca del trabajo concreto por ella realizado, el testigo manifestó que a la vista de los documentos fotografiados por ella (forman parte de la prueba documental de la demandante) no podía afirmar que hiciera este u otro trabajo, que no le consta que hiciera las tareas que aparecen punteadas en los documentos, una señalización o identificación de trabajos que ni siquiera exige a los trabajadores -dice el testigo-. Sobre el cómo supo de los fallos cometidos por la trabajadora, a preguntas de ésta explicó que viendo el trabajo detecta los fallos, pregunta al grupo quién hizo la tarea, informa o instruye al grupo. En esta versión de los hechos no se ofrece al entendimiento del juez qué fallos cometió la trabajadora, si muchos o pocos ni en que consistieron, si se trata de fallos propios del principiante o si resultaban tan groseros que ponían en evidencia una inaptitud para el puesto. Sobre la reacción de la trabajadora a las correcciones que el encargado le hiciera por los fallos cometidos nada explicó el testigo, su manifestación es más valorativa que explicativa, de modo que se sustrajo al conocimiento del juez qué palabras, actitudes o comportamientos protagonizó la trabajadora como reacción a la llamada de atención del superior jerárquico para enmendar errores de ejecución del trabajo. La misma reacción valorativa preside el testimonio del encargado cuando afirma que la trabajadora discutía con los compañeros, de modo que cerrado el juicio se desconoce con quién, cuándo, porqué y en qué contexto tuvieron lugar las aludidas discusiones; hasta es posible que las discusiones tuvieran que ver con la legítima pretensión de la trabajadora de salvaguardar su intimidad y de exigir el debido respeto a su dignidad. Cuando la demandante interrogó al testigo acerca de sus quejas por el uso que hacían los trabajadores del baño donde ella podía cambiarse y dejar sus objetos personales, el testigo se limitó a decir que había preguntado por ello a los trabajadores y que nada le dijeron. Ese comportamiento se aproxima a la más genuina omisión del deber de velar por los derechos de la demandante en materia de intimidad y dignidad, que preside toda relación laboral y que resulta de obligada e imprescindible observación por parte de todos los presentes en el medio donde se desarrollan las relaciones de trabajo, si bien a quien tiene mando sobre los trabajadores, como sucede con el testigo, se le exige además el despliegue de cuantas medidas resulten necesarias para imponer unas condiciones de no trasgresión. En esa cuasipasividad del encargado se detecta un brote de intencionada desprotección de la trabajadora que suma efectos a aquellos concurrentes indicios de vulneración de derechos fundamentales, que aparecen en la base de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo.

Es preciso tener en cuenta que la empresa sirvió la extinción del contrato de trabajo por una alegada no superación del periodo de prueba, en una corta relación laboral en cuyo transcurso la trabajadora hizo uso del derecho a asistir a consultas médicas y, en principio, rechazó el propósito de la empresa de descontar por ello retribución o vacaciones; en cuyo transcurso la trabajadora, también, exigió unas condiciones de respeto a su intimidad y dignidad en el uso de la zona destinada a vestuario. A ello se añade el dato nada desdeñable de que la relación laboral se caracteriza por su carácter especial. El Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, regula la relación laboral de carácter especial de los discapacitados que trabajen en centros especiales de empleo, condiciones ambas que se dan en este caso en los sujetos del contrato de trabajo, la trabajadora en cuanto que persona con discapacidad reconocida y la empresa en cuanto que centro especial de empleo reconocido y registrado como tal. El texto del contrato firmado por las partes identifica la relación como especial en esos términos. En esta clase de contratos de trabajo se persigue la aproximación mayor posible a las relaciones laborales comunes u ordinarias, si bien teniendo siempre presentes las peculiaridades que requieren las específicas condiciones de los trabajadores con discapacidad, y sin perder de vista que el objetivo de estos contratos es la integración laboral de la persona con discapacidad, que lo es de esos centros especiales de empleo. Se persigue la adaptación personal y social de la persona con discapacidad, y se facilita su posterior integración en el mercado ordinario de trabajo, por ello el trabajo se ha de adecuar en cada momento a las características personales y profesionales del trabajador con discapacidad ( artículo 6 del RD 1368/1985 ). El proceder de la empresa demandada dista mucho de dar cumplimiento a este objetivo, cuando ni siquiera acredita que no cumplió la demandante, en qué se apartó de lo esperado y exigible desde su doble condición de trabajadora y persona con discapacidad.

La demandada no desvirtúa los indicios aportados de contrario.

**CUARTO.-** Como se decía en líneas precedentes, la garantía de indemnidad forma parte del derecho fundamental a



la tutela judicial efectiva, que contempla el artículo 24 del texto constitucional.

La tutela judicial efectiva se pone en marcha con el ejercicio de las acciones judiciales tendentes a promover litigio que dé en respuesta a la situación de conflicto que experimenta el trabajador; también a través de los actos preparatorios o previos al proceso judicial, tal que la presentación de la papeleta de conciliación que ha de anteceder a la presentación de la demanda en la mayoría de los procedimientos judiciales de la jurisdicción social, exceptuados los que requieren del equivalente por medio de la llamada reclamación previa, y de las exclusiones legalmente previstas. Una interpretación jurisprudencial más acorde con la especial tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas considera que una actuación de reivindicación interna en la empresa puede ser objeto de la protección de la garantía de indemnidad del derecho a la tutela judicial efectiva, pues puede ser la antesala o la preparación de la reclamación jurisdiccional ( STS 19/4/2013 , rec.ud 2255/2012 ).

**QUINTO.-** Inexistente la causa alegada por la empresa para extinguir unilateralmente el contrato de trabajo con la demandante, asistimos a un despido. Se trata, además, de un despido nulo.

El artículo 55.5 ET advierte de 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.

El artículo 55.6 ET indica que el despido nulo tendrá el efecto de la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

La obligación de readmisión nace de la ley y se rige por los preceptos de la ley que la ha establecido y, en lo en ella no previsto, por las disposiciones del libro cuarto del Código Civil ( artículos 1.088 y 1.089 Cc ).

Tal y como dispone el artículo 55.6 ET la demandada debería proceder a la readmisión y al abono de los salarios devengados desde el 22/9/2017 hasta la que sea fecha de la efectiva readmisión, en la cuantía de 27,14€ día en importe bruto, que es la cifra abonada por la parte del mes de septiembre trabajada hasta la fecha del despido, si ello se antepusiera a la fecha señalada en el contrato de trabajo para la finalización de la relación laboral, esto es, al 3 de marzo del presente año. Teniendo en cuenta la suspensión del juicio señalado en su día para el 7 de febrero, que tuvo lugar a petición de la demandante sin oposición de la demandada, la readmisión se ofrecía ya como irrealizable llegado el día del juicio celebrado el 14 de marzo. Imponer, pese a ello, la readmisión, implicaría una novación contractual que se sustrae a la competencia del juzgador, pues está reservada al consentimiento de ambas partes contratantes.

El artículo 1.184 Cc deja libre de hacer al deudor cuando la obligación resulte legal o físicamente imposible; ahora bien, el Derecho del Trabajo cuenta con su propia respuesta, que se impone sobre la aplicación supletoria del Código Civil. En el Libro cuarto de la LRJS , dedicado a la ejecución de sentencias, dentro del capítulo III del Título I, el artículo 282 señala que la sentencia se cumplirá en sus propios términos cuando declare la nulidad del despido y el artículo 286 sale al paso de la imposibilidad de readmisión del trabajador y dice así " *sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281*". Este último artículo (previsto para la readmisión irregular o la falta de readmisión en el despido declarado improcedente), a su vez, indica que la resolución judicial acordará se abone al trabajador la indemnización del artículo 110.1 de ese texto legal (el artículo se remite a la indemnización que establece el artículo 56 ET , esto, es una indemnización de 33 días de salario por año de servicio), si bien se computará como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto. Incluye posibilidad de añadir una indemnización adicional en atención a los perjuicios causados por la no readmisión o la readmisión irregular. En cuanto a salarios, el precepto indica que se condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido hasta la de la resolución judicial. Teniendo en cuenta que a esa situación se llega desde una opción expresa o presunta por la readmisión, los salarios de tramitación se devengarían desde la fecha del despido.

Llevado todo ello al supuesto que nos ocupa, la consecuencia de la nulidad del despido en este caso supone la



condena de la demandada al pago de:

Una indemnización que se calcula por todo el tiempo de prestación de servicio que comprende de 4 de septiembre de 2017 a 3 de marzo de 2018. Son 16,5 días de salario a efectos indemnizatorios. El salario día que se desprende del recibo de salarios del mes de septiembre abonado a la trabajadora asciende a 27,14€. La indemnización alcanza los 447,81€ (16,5 X 27,14€).

Salarios de dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el 3 de marzo de 2018. Son 162 días de salario y un crédito resultante de 4.396,68€ (162 X 27,14).

**SEXTO.-** El artículo 191.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social indica que son recurribles en suplicación las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo cuando la presente Ley disponga otra cosa.

En el número 3 letra a) de ese precepto queda incluido el recurso en los procesos relativos a despidos.

**SÉPTIMO.-** Quedan sujetos a indemnizar por los daños y perjuicios causados, quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurrían en dolo, negligencia o morosidad ( art. 1101 Código civil ).

Incurrían en mora los obligados a entregar una cosa desde que el acreedor les exija la entrega judicial o extrajudicialmente. No será necesaria la reclamación por parte del acreedor cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente ( art.1100 del Código Civil ).

Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal ( artículo 1108 del Código Civil ).

Cuando de salarios se trata el artículo 4.2.f del Estatuto de los Trabajadores reconoce al trabajador el derecho a recibir puntualmente la retribución. A ello se refiere también el artículo 29 del mismo texto legal , que añade que el periodo de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes. El artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores fija el interés por mora en el pago de salarios en el 10%. En caso de interés por mora derivado de la aplicación de este precepto, es doctrina constante de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que el recargo por mora solo tendrá lugar cuando la realidad y la cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida, todo ello a valorar desde un canon de razonabilidad de la que sea oposición del deudor, para lo que se considera el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y cuantas demás circunstancias concurren.

En este caso los conceptos indemnizatorios están sujetos al devengo del interés ordinario.

**OCTAVO.-** Toda condena al pago de cantidad líquida conlleva el devengo de un interés por mora procesal desde que se dicta la sentencia hasta el completo pago. Se trata del interés legal del dinero incrementado en dos puntos, tal y como preceptúa el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con la excepción de las especialidades con que cuenta la Hacienda Pública.

VISTO lo expuesto y los artículos 105 LRJS , puesto en relación con el artículo 90 del mismo cuerpo legal y el 217 2 y 3 LEC , en materia de prueba

## **FALLO**

Que debo estimar y estimo la demanda presentada por Adriana frente a NUEVA APEX FABRICACIONES SL.

Debo declarar y declaro que la demandante fue objeto de un despido nulo el 22 de septiembre de 2017, con vulneración de derechos fundamentales.

Debo condenar y condeno a la demandada a que abone a la trabajadora una indemnización por despido nulo sin posibilidad de readmisión y salarios devengados durante el tiempo que transcurrió desde el despido hasta la extinción del contrato de trabajo por finalización del tiempo convenido, por el total de 4.844, 49€ (447,81€ en concepto de indemnización y 4.396,68€ en concepto de salarios), con el devengo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.

Incorpórese la presente sentencia al Libro correspondiente, expídase testimonio de la misma para su constancia en

los autos de referencia y notifíquese a las partes con la indicación de que no es firme. **Cabe interponer contra ella RECURSO DE SUPPLICACION, previo anuncio en la sede de este Juzgado dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación,** por manifestación en comparecencia o en escrito de las partes o de sus abogados, graduados sociales colegiados o representantes. El anuncio del recurso ha de llegar precedido del depósito de 300€ en la cuenta de consignaciones del Juzgado nº 0049 0860 3296 0000 65 0697 17. Están exentos de la obligación de constituir depósito para recurrir: los trabajadores y sus causahabientes, los beneficiarios de la Seguridad Social, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las Entidades de Derecho Público reguladas por su normativa específica y los Órganos constitucionales.

Así por ésta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo .

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se procede a dar cumplimiento a lo prevenido en los artículos 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Doy fe.