

Juzgado de lo Social

**JS de Gijón (Principado de Asturias) Sentencia num.
84/2020 de 9 marzo**

JUR\2020\137060

DESPIDO. POLÍTICA COMUNITARIA DE TRABAJO: Duración del contrato. Principio de igualdad.

ECLI:ECLI:ES:JSO:2020:1242

Jurisdicción:Social

Procedimiento 437/2019

Ponente:Ilmo. Sr. D. Francisca Sabater Díez de Tejada

JDO. DE LO SOCIAL N. 4

GIJON

SENTENCIA: 00084/2020

JDO. DE LO SOCIAL N. 4

GIJON

-

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA S/N (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA DE GIJON)

Tfno: 985176285-985176197

Fax: 985176618

Correo electrónico:

Equipo/usuario: CAG

NIG: 33024 44 4 2019 0001753

Modelo: 380000

DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000437 /2019

Procedimiento origen: /

DEMANDANTE/S D/ña: Africa

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL: ANGEL POSADA GONZALEZ

DEMANDADO/S D/ña: DIRECCION000 C.B., Teodoro , FONDO DE GARANTIA SALARIAL , Belinda

ABOGADO/A: COVADONGA FERNANDEZ ALVAREZ, COVADONGA FERNANDEZ ALVAREZ , LETRADO DE FOGASA ,

PROCURADOR: , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , ,

SENTENCIA Nº 84/2020

En Gijón, a 9 de marzo de 2020.

Dña. Francisca Sabater Díez de Tejada, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Social número, ha visto los presentes autos, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado con el n.º437/2019, sobre Despido instado por Dña. Africa representada por el Graduado Social D. Angel Posada González frente a DIRECCION000 CB siendo comuneros D. Teodoro y Dña. Belinda, representados los dos primeros por la Letrada Dña. Covadonga Fernández Álvarez; frente al FOGASA y Ministerio Fiscal que excusó su presencia, teniendo en consideración los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.-

Con fecha 16 de agosto la arriba mencionada presentó demanda denunciando la nulidad y subsidiariamente improcedencia del despido del que había sido objeto y solicitando además una indemnización con ocasión de los derechos fundamentales que creía conculcados. Citadas las partes para la celebración de la vista que tuvo lugar el día 21 de enero del año en curso comparecieron las partes. Se propusieron pruebas y fueron admitidas las declaradas pertinentes.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.-

La actora presta servicios para la entidad demandada habiendo suscrito un contrato de trabajo en fecha 5 de enero de 2019 con categoría de Camarera y a jornada completa, temporal eventual por circunstancias de la producción por acumulación de tareas o exceso de pedidos que consiste en "acumulación de tareas campaña nueva carta".

El salario día asciende a 38,66 euros.

SEGUNDO.-

El 25 de febrero de 2019 sufrió despido disciplinario que fue declarado nulo por el Juzgado Social número 1 de esta ciudad en Sentencia de 3 de junio de 2019, siendo readmitida en consecuencia y además indemnizada por la vulneración operada. Se da por reproducida en aras a la brevedad.

La trabajadora se encontraba entonces al igual que ahora embarazada.

TERCERO.-

La trabajadora es dada de baja el 4 de julio de 2019, fecha prevista en el contrato para su finalización, no siendo objeto de comunicación alguna.

CUARTO.-

Modifica la empresa la carta; contrata a empresa de diseño y publicidad para su lanzamiento en la red social Facebook en febrero de 2019; igualmente en diversas páginas de hostelería.

QUINTO.-

Presentó preceptiva papeleta de conciliación, resultando sin avenencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

La parte actora afirma que se ha producido un fraude en la contratación ya que la modalidad contractual a la que la empresa ha acudido no resulta válida, por lo que el contrato es de naturaleza indefinida, como ya tuvo oportunidad de declarar en su día el Juzgado de lo Social número 1. Entiende que la extinción no sólo debe reputarse improcedente si no nula en la medida en que se encuentra embarazada, motivo por el que ya fue declarado nulo el despido disciplinario anterior; volviendo la empresa a conculcar nuevamente las normas básicas que regulan el contrato fraudulento celebrado pues ninguna comunicación se le ha efectuado. Todo ello entiende debe ser considerado una vulneración de sus derechos fundamentales que conlleva la

necesidad de ser indemnizada en la cuantía de 12.430 euros.

La empresa defiende la veracidad de la causa consignada en el contrato y por ende la válida extinción del contrato temporal estipulado en la fecha fijada en el mismo.

SEGUNDO.-

La modalidad contractual temporal de circunstancias de la producción viene definido en el [artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#): " b) *Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses.*

En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa".

Las razones que pueden llevar pues a este tipo de contrato pasan por exigencias del mercado entendidas como aquellas no previsibles y que por tanto aumentan la tarea y las exigencias de mano en relación con la que tiene la empresa, siendo actividades habituales de la empresa; experimentan un incremento por circunstancias diversas (no cíclicas claro está).

El exceso de pedidos puntual que no puede hacerse frente con la mano de obra que dispone la empresa teniendo muy en cuenta que no puede derivarse de una disminución de la plantilla pues esto tendría en su caso cobertura por la interinidad.

También una acumulación de tareas que en términos que el Tribunal Supremo utiliza lo que caracteriza a la acumulación de tareas es precisamente la desproporción

existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal de que se dispone, de forma tal que el volumen excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste; ello se produce tanto cuando se trata de un aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aun estando al completo la plantilla correspondiente como cuando por el contrario se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero por diversas se reduce el de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo. Es en definitiva un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa por que o bien en el proceso productivo o bien en la prestación de servicios se produce de manera transitoria un desajuste entre plantilla y actividad (Sala Social Tribunal Supremo 5 de mayo de 2004).

Ahora bien, el desajuste, el exceso de pedidos o la acumulación de tareas debe concurrir en el mismo momento en que se celebra el contrato; debe existir ese desajuste entre la producción o necesidad y la mano de obra que ocasione esa exigencia de contratación temporal.

Así puede deducirse de la reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 12 de diciembre de 2018, a propósito de la impugnación del Convenio Colectivo de Contac Center en cuanto que el artículo 14 C párrafo 2 permite la posibilidad de acudir al contrato eventual del artículo 15 del Estatuto al inicio de las nuevas campañas y por un periodo de 6 meses. Entre otros argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal para declarar la validez del citado pacto convencional y confirmar la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, destaca en lo que aquí nos interesa el que se utiliza para desestimar el motivo relativo a que las fórmulas de contratación temporal del artículo 15 solo pueden actuar sobre una situación cierta desde el principio y que las empresas no pueden conocer el volumen de trabajo que van a necesitar ya que cualquier incertidumbre sobre la necesidad del contrato supondría su desnaturalización. Al respecto afirma el Tribunal que el Convenio no parte de un resultado incierto si no de la necesidad inicial conocida de una mayor necesidad de trabajadores hasta la consolidación de la práctica en la ejecución, siendo conocido por todos los actuantes en la negociación cuyo resultado se impugna que toda campaña tiene una inicial curva de aprendizaje en la que existe una mayor necesidad de mano de obra que en la posterior.

Lo que puede extraerse de estas conclusiones, no compartidas por cierto por algunos de los Magistrados del Alto Tribunal que emiten voto particular, es que en general se requiere que el aumento de tareas, bien por exceso de pedidos o acumulación de tareas sea real, se acredite y concurra al inicio para dar luz verde a esta modalidad contractual. En el presente caso, la existencia de una nueva carta

como causa única contenida en el contrato, no implica per se ese aumento necesario para acudir a la contratación, pues no existe evidencia ni tampoco lógica para que ello sea así. Ni tan siquiera las nuevas razones no apuntadas en el contrato y acreditadas en la vista de novedosa publicidad en redes sociales y ofertas en páginas gastronómicas conllevan per se tal conclusión. Es pues inadecuada la modalidad contractual escogida por la empleadora, el contrato es indefinido y la extinción debe verse como un auténtico despido.

Y nos encontramos aquí ante la situación de la trabajadora, trabajadora embarazada con una protección especial y específica en nuestra legislación. Efectivamente, la protección que a las mujeres embarazadas dispensa la legislación hace recaer en la empresa la prueba de la ausencia de actor discriminador y vulnerador de derechos fundamentales. Y en un supuesto igualmente de contratación temporal como el presente el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en Unificación de Doctrina en Sentencia 196/2015 para decir lo que sigue: *"El recurso debe ser estimado pues la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, que no hace sino reiterar la ya formulada en otras sentencias anteriores dictadas por esta Sala (SS de 17/10/2008, R. 1957/2007 ; 16/1/2009, R. 1758/2008 ; 17/3/2009, R. 2251/2008 , y varias más), a raíz de la doctrina establecida por la STC 92/2008, de 21/7 , en un caso de **despido** de trabajadora embarazada, con argumentos que, mutatis mutandis, son perfectamente aplicables al caso de la trabajadora que viene disfrutando de reducción de jornada por guarda legal de un menor en el momento de ser despedida. Y, en efecto, así se ha hecho ya en varias [sentencias de esta Sala, como en la de 16/10/2012 \(RJ 2012, 10318\)](#) (R. 247/2011) y en la de 25/2/2013 (R. 1144/2012), que se aporta como contradictoria. Esa extrapolación de la doctrina constitucional sobre el despido de la mujer embarazada al supuesto del caso de autos se explicita en las recién citadas sentencias en los siguientes términos: " «a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas [léase guarda legal de menor] constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [[art. 14 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)] ... b).- Para ponderar las exigencias que el [art. 14 CE](#) despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la*

peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales... d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada [guarda legal, en el caso ahora tratado] una tutela más enérgica que la ordinaria

frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental ... » (STS 06/05/09 -rcud 2063/08 -)... e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la [Directiva 92/85/CEE \(LCEur 1992, 3598\)](#) [19/Octubre/92] de la que la [Ley 39/1999 \(RCL 1999, 2800\)](#) era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aun siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre»".

La conclusión es clara: una trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el art. 55.5,b) del ET , que son objeto de especial protección por muchas razones (entre ellas, la conciliación de la vida familiar y laboral) podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable, lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o no se acredita -lo que, jurídicamente, es lo mismo- el despido no puede ser declarado, obviamente, procedente; pero tampoco puede ser declarado improcedente sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo, lo que, como es sabido, tiene un efecto tutelar superior al del **despido**improcedente. De ahí el error de la sentencia recurrida. Si el Tribunal a quo consideró que no se trataba de un **despido**sino de una correcta finalización de un contrato temporal debería haber declarado procedente dicha extinción contractual. Si, por el contrario, la declaró improcedente es porque consideró que no había quedado acreditada tal causa de extinción, pese a que nada de ello se argumenta en la sentencia recurrida, aunque sí en la de instancia, lo cual es ciertamente extraño. Pero, sea como sea, la declaración de improcedencia excluye la de procedencia y, por ende, en aplicación del art.55.5,b) del ET - con la interpretación constitucional y jurisprudencial que hemos expuesto- no hay más solución correcta que declarar el **despido**nulo".

Conocida por la empresa situación de gestación de la trabajadora, el acto extintivo no puede ser considerado si no como un despido y por aplicación de lo dicho la calificación debe serlo al no poder decir que es procedente, de nulo.

No puede por el contrario considerarse acreditado que el despido haya sido motivado directamente por la situación de embarazo de la actora, pues no puede obviarse que aun considerando que la modalidad contractual no es la adecuada, la elegida ya contenida en su inicio la fecha de finalización por lo que difícilmente puede ser el motivo de la extinción el aludido por la parte. Ello ya de por sí excluiría la posibilidad del abono de una indemnización complementaria, la cual aún con tal vulneración tampoco cabría conceder, ya que si bien efectivamente los daños morales son indemnizables en tales situaciones, los mismos no derivan propiamente de la infracción en sí de un derecho fundamental, sino de la afectación que la situación haya producido en la personal de la trabajadora, por lo que los daños deberán ser objeto de acreditación, bien vía directa, bien indiciariamente por deducirse de una situación que haya afectado a la dignidad personal de la trabajadora en un grado mínimamente relevante, o porque haya producido una incidencia apreciable en su vida personal o familiar; no pudiendo por el contrario deducirse el daño del solo hecho de la declaración de la nulidad del cese, cuyas consecuencias se entienden reparadas a medio de la readmisión y del abono de los salarios de trámite, ya que en otro caso todos los despidos que fuesen declarados improcedentes o nulos conllevarían por esa sola declaración el derecho a percibir una indemnización, que además se establecería sin base ni criterio alguno si se desligase de la prueba del daño.

FALLO

Estimo en parte la demanda presentada por Dña. Africa frente a DIRECCION000 CB siendo comuneros D. Teodoro y Dña. Belinda y declaro nulo el despido operado en fecha 4 de julio de 2019 ordenando la inmediata readmisión de la trabajadora con el abono de los salarios de trámite dejados de percibir a razón de 38,66 euros diarios.

Absolver al FOGASA sin perjuicio de las responsabilidades que legalmente le incumban.

Incorpórese esta Sentencia al correspondiente libro, expídase certificación literal de la misma para su constancia en los autos de referencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito presentado en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta

Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en BANCO SANTANDER a nombre de esta Oficina Judicial con el núm. de Cuenta Expediente 2768/0000/65/0437/19, debiendo indicar en el campo concepto "recurso" seguido del código "34 Social Suplicación", acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como; en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, deberá consignar en la misma Cuenta Expediente la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario a primer requerimiento indefinido por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Oficina Judicial con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.