



**JDO. DE LO SOCIAL N. 1
CACERES**

SENTENCIA: 00103/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. DE LA HISPANIDAD, S/N (ESQUINA RONDA SAN FRANCISCO)

Téno: 927 620 405

Fax: 927620320

Correo Electrónico: jsocial1@mju.es

Equipo/usuario: MGS

NIG: 10037 44 4 2019 0000157

Modelo: N02700

DOI DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000081 /2019

Procedimiento origen: /

Sobre: DESPIDO

DEMANDANTE/S D/ña:

ABOGADO/A: M^a JOSE IGLESIAS TORO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña:

ABOGADO/A: ,

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

SENTENCIA N° 103/2019.

En la ciudad de Cáceres a 24 de abril de 2019.

**SU SEÑORÍA ILUSTRÍSIMA DON MARIANO MECERREYES
JIMÉNEZ**, Magistrado del Juzgado de lo Social n° 1 de
Cáceres, ha visto y oído los autos registrados con el
número 81 / 2019 y que se siguen sobre DESPIDO, en los
cuales figuran como partes de un lado como demandante
, de otra como demandado
Y MINISTERIO FISCAL, los cuales



localidad de Cáceres desde el día 26 de julio de 2010, realizando en la tienda sita en avenida de España número 26, las mismas tareas que sus compañeros con la categoría profesional de dependientes, incluyendo la atención al público, control de stocks, incidencias, recepción y envío de mercancía, correo electrónico y formación. La categoría profesional de la actora en sus nóminas y contratos era la de auxiliar de dependiente. La actora firmó el descuelgue del convenio durante los años 2017 y 2018.

SEGUNDO: En el año anterior a quedar en IT, la actora percibió por el concepto de comisiones, las sumas respectivas siguientes: 44 euros en mayo de 2017, 148, 46 euros en junio de 2017, 103 euros en julio de 2017, 35 euros en agosto de 2017, 285 euros en septiembre de 2017, 244 euros en noviembre de 2017, 314 euros en diciembre de 2017, 326 euros en enero de 2018, 478 euros en febrero de 2018, 306, 39 euros en marzo de 2018 y 266 euros por el concepto, "comisión de ventas" en abril de 2018.

TERCERO: El 18 de abril de 2018 quedó en IT y lo comunicó mediante un correo electrónico a recursos humanos de acuerdo con la praxis habitual. El día 5 de noviembre de 2018, constante la IT, informó a la empresa por correo electrónico estaba embarazada, a sus oportunos efectos.



CUARTO: El convenio aplicable contempla para un dependiente las siguientes retribuciones: el salario base de 867, 06 euros, cada cuatrienio 43, 53 euros, el plus compensatorio de 63, 35 euros y el de transporte de 85, 8 euros de acuerdo con las tablas publicadas en el DOE el 24 de mayo de 2018.

QUINTO: dispuso el despido de la actora con efectos del 16 de enero de 2019 por las razones y en los términos que obran en la carta de despido, la cual se tiene aquí por reproducida. La citada empresa, en el año 2018 obtuvo un beneficio de 27. 628, 51 euros.

SEXTO: Tras despedir a la actora, los trabajadores que la sustituían continuaron en sus puestos.

SÉPTIMO: Las codemandadas concurren como parte de su actividad en el negocio de la telefonía móvil y los empleados de una y otra desempeñan su labor indistintamente en ambas cuando las circunstancias lo exigen, respondiendo a una misma dirección.

OCTAVO: Presentada papeleta de conciliación el acto resulta sin avenencia. Se tiene aquí por reproducida la demanda.



NOVENO: La parte actora no es ni ha sido en el último año representante legal de los trabajadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los hechos declarados probados son resultado de la prueba documental incorporada a los autos, de la pericial del Sr. Rea y de la testifical en los términos que más adelante se verán. Se discute en el presente sobre si la actora ha sido objeto de un despido nulo o, subsidiariamente, improcedente. La defensa de la demandada opone la excepción de acumulación indebida de acciones, por considerar que la actora suma a la acción de impugnación del despido una de clasificación profesional, vista la controversia sobre las labores desempeñadas efectivamente por la demandante que, de prosperar la demanda, abocarían a reconocerle un salario superior al pagado. Diferenciada la personalidad de la acción, manifestaciones del derecho adjetivo y sustantivo, respectivamente legitimación ad processum y ad causam, tiene declarado el Tribunal Supremo con reiteración, que se carece de legitimación pasiva cuando, por la índole del derecho material controvertido en la litis, el demandado no está obligado a soportar la carga del proceso, STS Sala Primera de 1 de Marzo de 1.984, lo que exige para su



averiguación entrar en el fondo del asunto, pues la acción y su manifestación activa y pasiva lo imponen STS Sala Primera de 22 de Marzo de 1.983. No debe perderse de vista que la falta de acción es apreciable de oficio STS Sala Primera de 20 de Enero de 1.965 y que como se vio no afecta a la capacidad procesal y si al derecho subjetivo pretendido STS Sala Primera de 22 de Marzo de 1.983. En consecuencia no procede hacer mayor consideración para afirmar con rotundidad que la falta de legitimación pasiva ad causam no es ni formal, ni materialmente ninguna excepción máxime cuando ni antes, ni desde luego ahora, la LEC (DF 4 LRJS) no la contempla como tal, algo lógico visto lo que antecede. En igual sentido la STSJ de Extremadura de 5 de octubre de 2004. Otra sentencia dictada por la superioridad el 19 de noviembre de 2018 insiste en que es cuestión apreciable de oficio, por ser de orden público, con cita de la SSTS de 16 de enero de 1997, 16 de marzo de 1999, 25 de junio de 2001 y de 14 de enero de 2002. En consecuencia, si las demandadas forman o no un grupo de empresas (patológico o no) es una cuestión de fondo que se valorará más adelante.

SEGUNDO: Por lo que a la excepción de acumulación indebida de acciones se refiere, debe ser rechazada, una vez que el proceso por despido es cauce idóneo para proceder al debate y fijación del salario lo que no implica que en



todo caso deba de concederse lo solicitado por el demandante (STS de 21 de Septiembre de 1. 999 de la que es ponente el Excmo Sr. Martínez Garrido). Más claramente, si la actora hace funciones superiores a las que figuran en el contrato, su salario ha de acomodarse a tal sin que el pronunciamiento tenga otro alcance que el dicho, esto es, el de fijar este. Pero el asunto del salario, no termina aquí, advirtiéndose que se puede determinar cuál sea el debido percibir atendidas las funciones (superiores) realmente hechas por el trabajador, sino que obliga a despejar otras incógnitas. De un lado tenemos que la parte demandada alude al descuelgue salarial aprobado que solo legitimaría el percibo del SMI y otras sumas menores, argumento que debe rechazarse, pues se pacta para 2017 y 2018 y el despido tiene efectos el día 16 de enero de 2019, razón por la que el salario regulador es el fijado en el convenio finalmente aplicable por la remisión ad hoc y con arreglo a las tablas publicadas en el DOE el 24 de mayo de 2018, con efectos de primeros de año. Más adelante se concretará. Procede antes, entrar en el asunto de la procedencia o no del despido objetivo.

TERCERO: La carta no es del todo expresiva al respecto, pues alude a unas pérdidas de algo más de trece mil euros, a las del centro en cuestión (a fecha del 31 de octubre de 2018) de tres mil euros y a su cierre. Los argumentos de



la empresa que solo se pueden valorar son los que incluyen la propia carta, véase mutatis mutandis el artículo 105 LRJS, pero aún cuando esta fuera más completa o minuciosa, carecen completamente de fundamento y abocarían a la afirmación automática de la improcedencia del despido. El informe del perito, Sr. _____, es demoledor. Veamos lo que aclara en el plenario: _____, consultor y formador empresarial, explica que a diciembre de 2018, _____ tiene beneficios y no pérdidas. Que, pese a requerirlo, no aportaron el balance, aunque en la cuenta de pérdidas y ganancias figura que hay beneficios. Refiere que ha pedido información sobre las dos empresas, pero solo ha tenido documentación de _____, que es donde trabajaba la actora. Le dijeron los responsables, no obstante, que no había relación entre las empresas, aunque, dedicándose a muy similares actividades, puede haber relaciones. En concreto, "operaciones vinculadas" remite al punto 12 y el punto 12 no habla de operaciones vinculadas. Explica que del cierre del punto de atención, no le han dado ninguna información válida y reitera que, a diciembre de 2018, hay ganancias. Le habría venido bien tener un balance de situación, pero, insiste, la cuenta de pérdidas y ganancias, a diciembre de 2018, refleja que hay beneficios, destacando la contradicción entre la carta de despido que dice que las previsiones son malas y, no obstante, a diciembre de 2018, hay ganancias (que en el



informe concreta que ascienden a 27. 628, 51 euros). Aclara que no hace estimaciones, sino conclusiones basadas en la información de la empresa. Por lo tanto, mal se puede hablar de pérdidas cuando hay ganancias y de dificultades económicas o nefastas expectativas cuando ocurre lo contrario. Aquí da igual que haya o no grupo patológico de empresas, pues quien despide por esta razón (formal) no demuestra que lo que dice en la carta sea cierto, al revés, se evidencia su falsedad. No estamos ante un caso en el que la prueba de la vinculación patológica de las empresas sea clave, sino que es irrelevante, visto lo visto.

CUARTO: Veamos ahora lo declarado por los testigos.

, dependiente de comercio, empleado de desde el 19 de marzo de 2012 explica que era el antiguo coordinador de tiendas durante 3 años y que sabe que su compañera estaba de baja y que comunicó su embarazo al empleador (a recursos humanos) en noviembre, así como que posteriormente fue despedida, en el mes de enero. Insiste en que la empresa conocía tal embarazo, pues él mismo le ayudó a redactar el correo en el que comunicaba tal circunstancia, correo que no solo elaboró sino que fue remitido. También afirma que fue recibido por el destinatario, pues solo él y la propia actora estaban al tanto del embarazo, de manera que al ser el antiguo



coordinador de la empresa, tenía buena relación con otros compañeros de su mismo cargo, que le dijeron que se enteraron de la novedad por la propia "oficina" -esto es, por la dirección de la empresa-. Insiste en que sus compañeros solo pudieron enterarse si la empresa se lo participó, pues hasta ese momento solo lo sabían la actora y él. Refiere que, por el saber general de las cosas, que la embarazadas suelen ser despedidas al conocerse tal hecho y que por eso, no es plato de gusto comunicarlo al empleador. En este caso ocurría, máxime al ser asunto delicado, al tratarse de una fecundación in vitro. Explica que : se gestiona según su vinculación con ORANGE y la otra se vincula con distribuidor. Dice que los obreros se sustituyen entre ellos aún viniendo de distintas empresas y que los cursos o procesos de formación, las reuniones, las cenas de empresa y demás, se hacen de modo conjunto, sin distinción entre las empresas codemandadas. Dice también, que esas confusiones eran normales hasta que recibieron la visita de la Inspección de Trabajo. Explica que el compañero de la actora ha hecho sustituciones en pese a pertenecer a otra empresa y también él, en una única ocasión. Dice que la actora fue quien le formó a él como responsable de tienda en 2012 y que juntos llevaban la tienda. Explica que la demandante siempre hizo funciones de responsable de tienda, control de stock, incidencias, recepción y envío



de mercancía, correo electrónico, siendo la responsable de formación. Sabe que su compañera figuraba, no obstante, y desde siempre, como auxiliar de dependiente. Reitera que las comunicaciones con la empresa se hacen por correo electrónico. Aclara que ha habido dos personas despedidas y contratadas luego por _____, eso sí, eliminándoles la antigüedad que ganaron en su empresa de origen, _____ . Recuerda que el cierre del centro en el que prestaba servicios la actora responde a que Orange va a abrir una nueva tienda en Canovas, tienda de mayor presencia que absorberá a las demás. Sobre el embarazo, precisa que la actora le pidió que lo mantuviera en secreto. Dice que desde 2014 a mayo de 2016 ha sido el coordinador y que en mayo de 2016 pidió una reubicación y hasta abril de 2017 ha sido compañero en la tienda con la actora. Precisa que a su compañera la despidieron el 8 de enero y los dos trabajadores que la sustituían pasaron al centro de Ruta de la Plata y los dos que estaban allí pasaron al centro de Cánovas, siendo todos necesarios. Por su parte, Álvaro Cambero, dependiente de _____, hasta abril de 2018, reitera que la comunicación con la empresa era siempre por correo electrónico para cualquier asunto: vacaciones, ir al médico, comunicados de empresa. Dice que no siempre estaban juntos en la tienda, él y la actora, y que desempeñaban los mismos cometidos, siendo su categoría, no obstante, la de dependiente, y la de la



actora, la de auxiliar de dependiente, insistiendo en que hacían las mismas tareas. Dice que la salida de varias trabajadoras ha coincidido con sus respectivos embarazos y que era normal que los trabajadores de trabajaran en y a la inversa y que él mismo lo ha hecho.

QUINTO: De lo declarado derivan varias consecuencias: la primera es que la actora nunca ha trabajado como auxiliar de dependienta, sino como dependienta, haciendo los mismos trabajos que sus compañeros de superior categoría y salario y menor antigüedad y preparación, hasta tal punto, que ella misma era la formadora. Para agotar el argumento, hay que concluir que el salario debido pagar a la actora es el del convenio, 1357, 18 euros (con el salario base de 867, 06 euros, dos cuatrienios por importe singular de 43, 53 euros y total de 86, 7 euros, el plus compensatorio de 63, 35 euros y el de transporte de 85, 8 euros. A ese total, 1357, 18 euros, hay que sumar el importe de la retribución irregular percibida por el concepto de comisiones, tomando las del año anterior (12 meses) a quedar en IT: 44 euros en mayo de 2017, 148, 46 euros en junio de 2017, 103 euros en julio de 2017, 35 euros en agosto de 2017, 285 euros en septiembre de 2017, 244 euros en noviembre de 2017, 314 euros en diciembre de 2017, 326 euros en enero de 2018, 478 euros en febrero de 2018, 306,



39 euros en marzo de 2018 y 266 euros por el concepto, "comisión de ventas" en abril de 2018. El total SEOU, asciende a 2. 549, 85 euros / 12 meses (en octubre de 2017 no cobró nada) = 212, 48 euros, que sumado al importe del salario, da un total de **1569, 66** euros. Este es el salario regulador, que tampoco tuvo en cuenta la empresa al pagar la indemnización correspondiente a la extinción por causas objetivas.

SEXTO: La segunda consecuencia es que el despido es nulo de pleno derecho, por conculcar la igualdad de trato o no discriminación que instituye el artículo 14 CE. La actora es despedida por estar embarazada. Es la única razón que el empleador tiene en cuenta para adoptar su decisión, que la empresa, al tanto de todo, justamente, es lo único que dice desconocer, constante un sistema fluido y único de comunicación por medio del correo electrónico. Ya se ha dejado constancia de la creencia expresada de que "embarazo" equivale o implica, "despido", de ahí las cautelas y reticencias, perfectamente confirmadas a la reacción casi inmediata de la empresa. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe imparcial, actuando en el desempeño de su cometido constitucional, tenemos un conjunto de datos que obligan a colegir la existencia de la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado, en este caso, por razón del embarazo. 1)



La actora empezó a trabajar el 26 de julio de 2010 y nunca fue sancionada. 2) El 18 de abril de 2018 queda en IT y lo comunica mediante un correo electrónico a recursos humanos de acuerdo con la praxis habitual. 3) El día 5 de noviembre de 2018 la actora informa a la empresa, a sus oportunos efectos, que está embarazada. Es inverosímil pensar que la empresa conoció todos los correos menos ese, precisamente. 4) El excoordinador supo por decírselo la actora que el embarazo era delicado y no quería difundirlo o publicitarlo y salvo ellos dos -la actora y él-, nadie más conocía la situación. 5) Ese secreto entre los implicados deja de serlo, al conocer el antiguo coordinador por sus compañeros lo que la propia empresa les refirió, en suma, no hay duda alguna de que el correo llegó. 6) Dos meses después, la actora es despedida. Se trata de una trabajadora con 10 años de antigüedad diligente y leal que, encima, cobra menos que sus compañeros, pues trabajando de dependiente, la retribuyen como auxiliar de dependiente, categoría que tiene asignada de manera fraudulenta. 7) Es absurdo que las razones económicas -que ya se ha visto que son inexistentes- aflorasen, justamente, entonces. Y si las hubiese, ¿por qué no despiden a los dos trabajadores que la sustituyen? La empresa ni siquiera contrata a un perito que vista con mejor ropaje el argumento económico esgrimido.



SÉPTIMO: En orden a la indemnización, el TC en su sentencia 247/2006 de 24 de julio instituyó que la declaración de la nulidad de la conducta vulneradora del derecho fundamental no podía considerarse suficiente para lograr una reparación efectiva del derecho fundamental conculcado. El Tribunal Supremo pasó por diversas etapas en esta materia. De la concesión casi automática, acudiendo al artículo 9.3 de la LO 1/82, STS de 9 de junio de 1963, a la fase restrictiva que era precisa la alegación y prueba del daño, así como determinación de las bases y elementos de la indemnización STS de 22 de julio de 1996 y más reciente de 15 de abril de 2013, al replanteamiento actual, más flexible, que recuerda a la primera etapa y siguen las sentencias de 11 de junio de 2012 o las de 1 de junio de 2016 y 2 de noviembre de 2016, según las recomendaciones de los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil PETL, y los principios sobre contratos comerciales internacionales UNIDROIT, en relación con el artículo 183. 2 LRJS, que se remite a la prudencia del tribunal "cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa", instituyendo que la oportunidad de restablecer la situación anterior a la lesión así como "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño", que se concretan en la remisión a la LISOS. En el caso de autos, tenemos uno de los casos más graves que se pueden contemplar, pues el despido de una



mujer embarazada por el solo hecho de su embarazo, menoscaba gravísimamente el derecho de la gestante, perjudica al nasciturus y obviamente, lesiona a la sociedad y al propio Estado. Quienes deseen procrear, algo tan natural como meritorio, asociarán ese legítimo anhelo a la comisión de un acto reprobable de fatales consecuencias. La parte actora pide 50.000 euros de indemnización y el ministerio Fiscal se adhiere a esa suma. Teniendo en cuenta no solo los parámetros de la LISOS, sino la trayectoria personal de la actora, empleada sin tacha durante casi diez años, empleada que ha visto menoscabados sus derechos económicos cobrando menos de lo que le tocaba mediante el artilugio o zangamanga de endosarle una categoría profesional inferior a la que le correspondía mientras su empresa que la despide por pérdidas ficticias gana en el 2018 más de 27. 000 euros, se estima que la cifra de 35. 000 euros es acorde con el reproche que merece el proceder empresarial, tomando, *mutatis mutandis*, la falta muy grave, ex art. 8. 12 LISOS en relación con el artículo 40. 1 C.

OCTAVO: En cuanto a que las empresas constituyen o forman un grupo patológico de empresas, debe darse también por probado. Obviamente, no se puede exigir al demandante una prueba acabada de algo que se suele desenvolver de manera clandestina, lo cierto es que hay indicios bastantes para



afirmarlo: de un lado, las dos empresas comparten defensa, siendo una única abogada la que defiende los intereses de ambas. De otra, el perito, Sr. , explica que la documentación examinada no evidencia o prueba la separación, al contrario, llegado el caso de comprobar cómo conectan ambas empresas, la investigación fracasa. Tenemos que ambas comparten sede o alguna sede y lo más importante y definitivo, los testigos que declaran explican el tránsito de la mano de obra de una a la otra, evidenciándose así que no existe una dirección separada, máxime por dedicarse ambas a un segmento de actividad que es común y no tan heterogéneo como para poder dudar al respecto. No estamos ante un caso en el que la situación de la empresa no se pueda extender al grupo constituido con todas las de la ley, sino ante la realidad de un fraude o abuso de las formas societarias que tiene por objeto eludir responsabilidades, de ahí que la prueba y la averiguación de la verdad sean sumamente difíciles. Esto implica que las demandadas responderán solidariamente del pago de la indemnización y del resto de obligaciones, pues una vez sea firme esta sentencia, se deducirá testimonio para que la Inspección de Hacienda y la de Trabajo y Seguridad Social depuren las responsabilidades que ahora afloran.



NOVENO: La nulidad del despido impone el reingreso de la trabajadora en sus mismas circunstancias y el respeto íntegro de los derechos que legalmente le corresponden. Deberán traerse a colación las sumas concurrentes e incompatibles que puedan propiciar el enriquecimiento injusto y el correlativo empobrecimiento injusto de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, **EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE ME CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL,**

FALLO

ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por

contra

MINISTERIO FISCAL y en virtud de lo que antecede declaro LA NULIDAD del despido de la actora por vulneración de derechos fundamentales, debiendo ser reintegrada a su puesto en sus mismas circunstancias, perfiladas por esta sentencia. Deberán los condenados solidarios abonar los salarios dejados de percibir desde el despido declarado nulo y que sean compatibles con su situación, debiendo traerse a colación las sumas concurrentes.



CONDENO solidariamente a .

a que paguen a la actora la suma de TREINTA Y CINCO MIL euros por el concepto de indemnización por vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

Una vez gane firmeza esta sentencia, dese traslado a la INSPECCIÓN DE HACIENDA y a la de TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL para que depure las responsabilidades en las que pudieran haber incurrido los condenados.

Notifíquese esta sentencia a las partes con instrucción de que no es firme y contra ella puede interponerse recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el plazo de CINCO DÍAS HÁBILES, contados a partir del siguiente al de notificación de la sentencia debiendo, de hacerlo la parte demandada, consignar previamente el importe de la condena y 300 Euros de depósito correspondientes al citado recurso de suplicación en la cuenta del JUZGADO DE LO SOCIAL N° 1 DE CÁCERES en el BANCO SANTANDER número 1144 - 000 - 65, denominada "Cuenta de consignaciones y depósitos", anunciándose el recurso por escrito o mediante comparecencia ante SS^a la LAJ de este Juzgado.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran y con pleno respeto al



derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Quede el original en el libro de sentencias y llévese testimonio del presente a los autos para su constancia y efectos.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en la instancia la pronuncio mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.