



Roj: **STSJ GAL 2527/2020 - ECLI: ES:TSJGAL:2020:2527**

Id Cendoj: **15030340012020101797**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/06/2020**

Nº de Recurso: **32/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TSJ SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

Correo electrónico:

NIG: 15030 44 4 2018 0004669

Equipo/usuario: IG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000032 /2020-IG

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000765 /2018

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña CARPINTERIA METALICA ALUMAN SL, Jon

ABOGADO/A: CARLOS ARIAS VAQUERO, GONZALO ALVAREZ DE NEYRA ENRICH

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

RECURRIDO/S D/ña: CARPINTERIA CANDAME SL, MINISTERIO FISCAL, INVERSIONES ARTEIXO SL , INYECTADOS DE ACCESORIOS DE GALICIA SL , PROGESCON SL , REFORMAS Y MONTAJES ALUMAN SL , ALUMAN CANARIAS SL , GRUPO ALUMAN PANAMA SA , MANUEL ANGEL POSE SL , ALUMAN RETAIL SL

ABOGADO/A: CARLOS ARIAS VAQUERO, , CARLOS ARIAS VAQUERO , CARLOS ARIAS VAQUERO , CARLOS ARIAS VAQUERO , CARLOS ARIAS VAQUERO , CARLOS ARIAS VAQUERO , CARLOS ARIAS VAQUERO , CARLOS ARIAS VAQUERO , CARLOS ARIAS VAQUERO

PROCURADOR: , , , , , , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , , , , , , ,

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a nueve de junio de dos mil veinte.



Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000032/2020, formalizado por el Letrado D. Carlos Arias Vaquero, en nombre y representación de CARPINTERIA METALICA ALUMAN SL, y por el Letrado D. Gonzalo Álvarez de Neyra Enrich, en nombre y representación de D. Jon contra la sentencia número 332/2019 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000765/2018, seguidos a instancia de D. Jon frente a CARPINTERIA METALICA ALUMAN SL, CARPINTERIA CANDAME SL, INVERSIONES ARTEIXO SL, INYECTADOS DE ACCESORIOS DE GALICIA SL, PROGESCION SL, REFORMAS Y MONTAJES ALUMAN SL, ALUMAN CANARIAS SL, GRUPO ALUMAN PANAMA SA, MANUEL ANGEL POSE SL y ALUMAN RETAIL SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Jon presentó demanda contra CARPINTERIA METALICA ALUMAN SL, CARPINTERIA CANDAME SL, INVERSIONES ARTEIXO SL, INYECTADOS DE ACCESORIOS DE GALICIA SL, PROGESCION SL, REFORMAS Y MONTAJES ALUMAN SL, ALUMAN CANARIAS SL, GRUPO ALUMAN PANAMA SA, MANUEL ANGEL POSE SL y ALUMAN RETAIL SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 332/2019, de fecha veintitrés de julio de dos mil diecinueve.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: **1º.-** El demandante ha venido prestando servicios laborales por cuenta ajena para la mercantil demandada CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo, posteriormente transformado en indefinido, con antigüedad de 14/06/2010, categoría profesional de Encargado, y con un salario mensual bruto, con prorrata de pagas extras, de 1.431,50 € (documento nº 1 del ramo de prueba del demandante en cuanto al salario y documento nº 11 del ramo de prueba de las codemandada en lo demás). No consta que el demandante haya ostentado en el año inmediatamente anterior a la fecha de su despido cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores. **2º.-** Entre enero de 2011 y abril de 2014 consta como pagador de las nóminas del demandante la mercantil REFORMAS Y MONTAJES ALUMAN SA (prestó servicios para la misma como trabajador eventual entre el 14/06/2010 y el 22/05/2011 y entre el 27/07/2011 y el 04/04/2012); entre julio de 2012 y marzo de 2013 consta como pagador la mercantil ARQUIHOR SA (prestó servicios para la misma, como trabajador eventual entre el 16/07/2012 y el 04/04/2013); entre abril de 2013 y septiembre de 2013 consta la mercantil ALUMAN CANARIAS SL (prestó servicios para la misma como trabajador eventual entre el 05/04/2013 y el 12/09/2013); entre octubre de 2013 y agosto de 2018 consta como tal pagadora la mercantil CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL (prestó servicios para la misma como trabajador indefinido entre el 01/09/2014 y el 31/03/2018 y a partir del 01/04/2018) (documentos nº 1, nº 3, nº 5 y nº 7 del ramo de prueba del demandante). **3º.-** D. Tomás consta como administrador único de las mercantiles ALUMAN CANARIAS SL, REFORMAS Y MONTAJES ALUMAN SL, CARPINTERIA METÁLICA ALUMAN SL y ARQUIHOR SA. La mercantil INVERSIONES ARTEIXO SL consta como empresa matriz de todas ellas. **4º.-** El demandante suscribió en fecha de 24/04/2013 un contrato de trabajo por tiempo definido con la mercantil GRUPO ALUMAN MAROC SA, representada en ese acto por D. Tomás, para la prestación de servicios por parte del demandante como Técnico de Obra en las oficinas que su empleador tenía abierto en Ciudad de Panamá, en la República de Panamá. En fecha de 18/04/2016 se pactó contrato de trabajo indefinido entre el demandante y la mercantil GRUPO ALUMAN PANAMÁ SA, para la prestación de servicios por parte del demandante como Técnico de Obra en las oficinas que su empleador tenía abierto en Ciudad de Panamá, en la República de Panamá (documento nº 10 del ramo de prueba de la demandante). **5º.-** El demandante presentó en fecha de 07/03/2018 escrito ante la mercantil, GRUPO ALUMAN PANAMÁ SA conteniendo carta de renuncia a su puesto de trabajo, con fecha de efectos de 23/03/2018, por cambio de residencia por paternidad (documento nº 11 del ramo de prueba del demandante). **6º.-** Por parte de la mercantil demandada CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL se hizo entrega al demandante, en fecha de 04/09/2018, de comunicación escrita por la que se ponía en conocimiento



del trabajador la decisión empresarial de dar por extinguida la relación jurídico-laboral que los vinculaba, en atención a circunstancias de índole disciplinaria. Dicha carta de despido tiene el siguiente tenor literal (documento nº 12 del ramo de prueba del demandante): "Usted trabaja para esta empresa desde septiembre de 2013 con categoría de Técnico de obra/encargado, desplazado a Panamá, residiendo allí con su actual esposa en una vivienda de uso individual costeadada por esta patronal, esposa a la que conoció en Panamá y con la que contrajo matrimonio durante el período en el que estuvo desplazado. En el mes de enero del presente año, solicitó de la empresa retornar a España en el mes de marzo, para su mujer diese a luz, al estar previsto el parto para el mes de abril siguiente, a lo que la empresa accedió, produciéndose su vuelta el día 28 de dicho mes de marzo. Finalmente, el nacimiento aconteció en el mes de NUM001), habiendo permanecido desde el 28 de marzo hasta el alumbramiento sin trabajar y percibiendo su sueldo. Por medio de la presente procedemos a poner en su conocimiento que, con fecha de efectos de la entrega de esta carta, damos por escindida la relación laboral que nos vincula, procediendo a su despido por causas disciplinarias, al amparo de lo dispuesto en el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 75.d) del Convenio Colectivo Provincial de A Coruña de Siderometalúrgica, publicado en el BOE de 05 de diciembre de 2017. Los hechos que dan lugar a la adopción de dicha medida, y que se detallan a continuación, constituyen una falta muy grave, susceptible de ser sancionada con el DESPIDO, por: La trasgresión de la buena fe contractual, el fraude, la deslealtad y el abuso de confianza, al haberse comprobado fehacientemente una situación de simulación de enfermedad para iniciar una situación de incapacidad temporal durante la que ha venido realizando trabajos por cuenta propia en una vivienda familiar, sita en Lugar de Larazo (Vila de Cruces-Pontevedra), los cuales son incompatibles con sus supuestas dolencias, son análogas a las que venía desempeñando para esta empresa y, en todo caso, contribuyen a alargar su proceso de recuperación para el supuesto de que las dolencias fuesen reales. En concreto, los hechos que ha podido comprobar la dirección de esta entidad, a través de la contratación de los servicios de una empresa de detectives, que tienen por tanto valor legal de prueba documental y testifical son los siguientes: -El día 08 de agosto de 2018, sobre las 14:20 horas, fue observado conduciendo su vehículo y posteriormente cargando en el mismo un balde de ropa, para dirigirse posteriormente a la aldea de Larazo en donde se estaban realizando obras de rehabilitación de una vivienda familiar, y en la que permaneció un largo espacio de tiempo. -El día 13 de agosto de 2018, sobre las 09:00 horas, y conduciendo un vehículo se dirige nuevamente a la citada casa en rehabilitación del Lugar de Larazo, en la que permanece varias horas en compañía de dos operarios que se encuentran trabajando en labores de construcción. -El día 16 de agosto, alrededor de las 09:40 horas, e igualmente conduciendo un vehículo, se dirige a la repetida vivienda en construcción, donde permanece hasta pasadas las 14:30 horas, igualmente en compañía de dos operarios, realizando o supervisando trabajos de rehabilitación. -Por último, el día 21 de agosto de 2018 a las 10:25 horas aproximadamente y conduciendo un vehículo llega a la vivienda en construcción y a continuación lo hace un camión ligero con una pequeña grúa, rotulado con el nombre "ALQUILERES LALIN". A los pocos minutos, usted y el chófer del camión empujan una hormigonera -de color amarillo- que había estado instalada en la obra de rehabilitación durante los días anteriores, para cargarlo en dicho medio de transporte y, una vez completada la carga el vehículo ligero, abandona el lugar, posteriormente usted permanece por espacio de dos horas en la vivienda en construcción. Sobre las 12:30 horas abandona el lugar, al que retorna sobre las 16:30 horas, y permanece en su interior junto a los operarios que realizaban los trabajos de rehabilitación, al menos unas cuatro horas. Los hechos relatados en la presente comunicación, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 75.d) del Convenio del sector, que establece como tipo de falta muy grave sancionable con el despido "la simulación de enfermedad o accidente. Se entenderá que existe infracción laboral cuando encontrándose en baja el trabajador/a por cualquier de las causas señaladas, realice trabajos de cualquier índole por cuenta propia o ajena. También tendrá la consideración de falta muy grave toda manipulación efectuada para prolongar la baja por accidente o enfermedad" suponen una grave trasgresión de la buena fe contractual, un abuso de confianza y una deslealtad hacia la empresa, por lo que la decisión extintiva que ahora se le comunica queda perfectamente justificada y amparada en la vigente legislación (...). 7º.- El demandante cursó un proceso de incapacidad temporal con fecha de inicio de 25/06/2018 y del que fue alta en fecha de 21/09/2018 (documento nº 14 del ramo de prueba del demandante). 8º.- El demandante solicitó en fecha de 24/05/2018 una solicitud por permiso de paternidad por nacimiento de hijo, para el periodo de 26/05/2018 a 22/06/2018 (documento nº 19 del ramo de prueba del demandante). 9º.- En fecha de 25/06/2018 el demandante presentó papeleta de conciliación ante el SMAC frente a la mercantil CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL, en reclamación de cantidad por desplazamientos, vacaciones y retribuciones pendientes de percibir (documento nº 20 del ramo de prueba del demandante). 10º.- El demandante presentó ante los órganos judiciales de Panamá, en fecha de 06/06/2018, demanda de reclamación de cantidad frente a la mercantil GRUPO ALUMAN PANAMÁ SA (documento nº 21 del ramo de prueba del demandante). 11º.- La mercantil GRUPO ALUMAN PANAMÁ SA se constituyó en Panamá por parte de D^a. Sandra y de D^a. Soledad, en escritura pública de fecha 13/12/2012, teniendo su domicilio en la Ciudad de Panamá, y siendo su objeto social a) dedicarse a efectuar y llevar a cabo el negocio de una compañía inversionista en todas sus ramificaciones, en cualquier parte del mundo; b) entrar



a formar parte de convenios para la repartición de ganancias, cuentas en participación y otros; c) adquirir por compra, permuta o de otro modo y tener para su inversión, y usar, vender, ceder, transferir, hipotecar, pignorar o de otro modo negociar en o con acciones del capital, bonos u otros valores y obligaciones de sociedades anónimas, intereses y participaciones de cualquier índole en sociedad colectiva, y mientras sea dueña de los mismos, ejercer todos los derechos, facultades y privilegios de propiedad de los mismos, incluyendo todos los derechos de voto; d) comprar para su inversión o reventa, arrendar o de otro modo negociar en bienes raíces, reparar y administrar edificios y construcciones de toda clase; e) tomar dinero en préstamo para cualesquiera de los objetos de esta sociedad y emitir bonos, obligaciones, acciones asimiladas a obligaciones, pagarés y otros adeudos en cambio y garantizar los mismos con prendas o hipotecas de la totalidad o cualquier parte de los bienes de la sociedad, ya sean inmuebles o muebles, o emitir bonos, obligaciones, acciones asimiladas a obligaciones, pagarés u otros adeudos sin ninguna garantía; f) comprar, vender y negociar en toda clase de artículos de consumo; g) en general llevar a cabo cualquier otro negocio lícito no vedado a las sociedades anónimas en cualquier parte del mundo, sea o no dicho negocio de naturaleza semejante a los objetos consignados en el Certificado de Constitución o cualquier enmienda del mismo (documento nº 4 del ramo de prueba de las codemandadas). **12º.**- La mercantil ALUMAN RETAIL SL fue constituida por parte de D. Tomás , actuando en su propio nombre y asimismo en nombre y representación de la mercantil INVERSIONES ARTEIXO SL, en virtud de escritura pública de fecha 18/12/2017, teniendo su domicilio en Pg. DIRECCION000 parcela NUM000 , en el término municipal de Arteixo, y siendo su objeto social el diseño, fabricación, suministro e instalación de todo tipo de mobiliario metálico, así como la realización de trabajos auxiliares relacionados con el conformado de chapa, soldadura, corte y aserrado de estructuras metálicas ligeras (documento nº 4 del ramo de prueba de las codemandadas). **13º.**- La mercantil MANUEL ÁNGEL POSE SL se constituyó por medio de escritura pública de fecha 19/11/2013, otorgada por D. Tomás , D. Apolonio y D^a. Araceli , por la cual se acordaba la transformación de la sociedad civil ANGEL POSE Y OTRO SC en la citada mercantil, que fijaba su domicilio en Pg. DIRECCION000 parcela NUM000 , en el término municipal de Arteixo, y siendo su objeto social a) la gestión patrimonial de todo tipo de inversiones y empresas, así como las operaciones de asesoramiento e intermediación inherentes a las mismas, utilizando al efecto sus propios medios personales o a través de profesionales contratados, todo ello respetando las limitaciones que al efecto establezca la legislación vigente; b) la prestación de servicios de dirección general, dirección técnica e industrial, administración, asesoramiento y gerencia empresarial en todas sus manifestaciones,. Ya sea a través de los profesionales de su plantilla o, en su caso, realizando la coordinación de los servicios de profesionales colaboradores; incluyendo también la toma de participación en los fondos propios de las sociedades y su administración y gestión; c) la fabricación, instalación y comercialización de aluminios y toda clase de carpinterías para la construcción, así como la ejecución de obras necesarias para llevar a cabo dichas operaciones; d) la realización, en general, de todo tipo de operaciones propias de la industria auxiliar de la construcción, y de manera más concreta la fabricación de productos y las ejecuciones de obras propias de la carpintería de interior y exterior de todo tipo de edificación, ya sea madera, aluminio u otros productos similares; e) la comercialización de todo tipo de materias primas, productos auxiliares, elementos y conjuntos incorporales, obra en curso y productos terminados y semiterminados propios de la construcción y ejecución de otras para todo tipo de inmuebles y edificaciones; f) la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales (documento nº 4 del ramo de prueba de las codemandadas). **14º.**- En fecha de 21/08/2018 el demandante se encontraba en una casa en obras en la aldea Larazo, en el término municipal de Vila de Cruces (Pontevedra); sobre las 10:40 horas fue observado ayudando a otra persona a empujar una hormigonera que había sido usada en las citadas obras, ayudando también a dicho tercero a la operación de cargar por medio de una grúa dicha hormigonera al camión conducido por esa tercera persona. **15º.**- la mercantil demandada encargó, en torno al mes de agosto de 2018, la elaboración de un informe de detectives privados acerca de las actividades que realizaba el demandante durante su baja médica (testifical de D^a. Claudia). **16º.**- Es de aplicación el Convenio colectivo del sector de la industria siderometalúrgica de la provincia de A Coruña, suscrito en fecha 22/11/2017. **17º.**- En fecha de 26/09/2018 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el correspondiente acto de conciliación en fecha de 10/10/2018, el cual concluyó sin avenencia respecto las mercantiles CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL y REFORMAS Y MONTAJES ALUMAN SL, y por intentado sin efecto respecto a la demandada ALUMAN CANARIAS SL, la cual no compareció al acto.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: **QUE ESTIMANDO** la demanda presentada por D. Jon , en su propio nombre y representación, **DEBO DECLARAR LA NULIDAD** del despido adoptado por la empresa demandada CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la mercantil demandada CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL a la inmediata readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones laborales que tenía a fecha del despido -04/09/2018- y a abonarle los salarios dejados de percibir desde entonces a razón de 47,06 €/día, con interés moratorio del



10%, y **QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO** a las demás mercantiles codemandadas REFORMAS Y MONTAJES ALUMAN SL, ALUMAN CANARIAS SL, INVERSIONES ARTEIXO SL, INYECTADOS DE ACCESORIOS GALICIA SLU, ALUMAN RETAIL SL, CARPINTERÍA CANDAME SL, GRUPO ALUMAN PANAMÁ SA, MANUEL ÁNGEL POSE SL y PROGESCON SLU de los pedimentos frente a estas deducidos..

CUARTO: Con fecha 06/09/2019, se dictó Auto de Aclaración de dicha Sentencia, cuya parte dispositiva dice: ACUERDO ESTIMAR la petición de aclaración formulada por el Letrado Sr. Álvarez de Neyra Enrich, en nombre y representación de D. Jon , y en consecuencia completar y aclarar la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia dictada en fecha de 23/07/2019 en los términos indicados en la presente resolución.

QUINTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CARPINTERIA METALICA ALUMAN SL y D. Jon formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

SEXTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 13/01/2020.

SEPTIMO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 9/06/2020 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimando la demanda, declaro la NULIDAD del despido adoptado por la empresa demandada CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL, y condena a dicha mercantil demandada a la inmediata readmisión del trabajador demandante, en las mismas condiciones laborales que tenía a fecha del despido - 04/09/2018- y a abonarle los salarios dejados de percibir desde entonces a razón de 47,06 €/día, con interés moratorio del 10%, y ABSUELVE a las demás mercantiles codemandadas REFORMAS Y MONTAJES ALUMAN SL, ALUMAN CANARIAS SL, INVERSIONES ARTEIXO SL, INYECTADOS DE ACCESORIOS GALICIA SLU, ALUMAN RETAIL SL, CARPINTERÍA CANDAME SL, GRUPO ALUMAN PANAMÁ SA, MANUEL ÁNGEL POSE SL y PROGESCON SLU de los pedimentos frente a estas deducidos.

Y frente a la misma, el demandante y la empresa Carpintería Metálica Aluman S.L, anuncian ambas recurso de suplicación y lo interponen después solicitando, la empresa codemandada, al amparo de la letra a) del art. 193 de la L.J.S, sin efecto anulatorio ni devolutivo de la sentencia, que se subsane el defecto de incongruencia de que adolece la resolución, por cuanto considera que acoge un motivo de nulidad de despido, no alegado en demanda, por lo que genera a la parte evidente indefensión al no haber podido rebatir con los alegatos y medios de prueba pertinentes tal causa de nulidad. Y ambos recurrentes al amparo de la letra b) del referido artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada. Ambos recursos han sido recíprocamente impugnados.

Un orden lógico de solución de recursos tras resolver sobre la causa alegada al amparo de la letra a) es, en primer lugar, analizar las revisiones fácticas de ambos recurrentes, con la finalidad de establecer el sustento fáctico de las denuncias jurídicas, y, en tercer lugar, analizar tales denuncias.

SEGUNDO.- Comenzando por el recurso interpuesto por la demandada CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN S.L..

En cuanto a lo primero, esto es, la alegación efectuada al amparo de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 193 de la L.J.S por infringir la sentencia lo dispuesto en los artículos 97 Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, 218 L.E.C., 283 L.O.P.J. y artículos 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución Española.

Estima el recurrente, cauce procesal adecuado de recurso, al considerar que la pretensión no tiene cabida en la revisión de hechos ni en el examen del derecho aplicado, interesando, sin efecto anulatorio ni devolutivo de la sentencia, que se subsane el defecto de incongruencia de que adolece la resolución, por cuanto que acoge un motivo de nulidad de despido no alegado en demanda, por lo que estima genera una evidente indefensión, al no haber podido rebatir con los alegatos y medios de prueba pertinentes tal causa de nulidad.

Y ello al estimar que, el Juzgado no da respuesta a la causa de nulidad opuesta de contrario con base en los artículos 48.7 en relación con el 55 E.T., nulidad del despido de trabajadores durante el período de nueve meses posteriores a haberse reintegrado al trabajo tras finalizar el permiso de paternidad, y, sin embargo, declara la existencia de una causa de nulidad por lesión al derecho fundamental a la igualdad, al haber sido despedido el trabajador mientras se encontraba en situación de IT, con base STJUE T 1/12/2016 y la Directiva 2000/2018, y en concreto aplicando el concepto de discapacidad o dolencia a largo plazo.



Considerando que el razonamiento que contiene la Sentencia en el fundamento de derecho segundo, páginas 15 a 18 ambas inclusive (folios 84 y 85 de autos), ha de anularse por el Tribunal y tenerse por no puesto como forma de subsanar el defecto de incongruencia omisiva interna por error que contiene dicho apartado del fundamento de derecho segundo y que sirve de base al Juzgador, junto con otro motivo que aborda en el mismo fundamento, para declarar la nulidad del despido por doble motivo.

Estimando el recurrente que, el único razonamiento o fundamento que puede ser tenido en cuenta como motivador de la nulidad declarada por el Juzgador a quo, y que se discute a través de este recurso, sería el de represalia, previsto en el art. 55 E.T., sin que el Tribunal pueda ya pronunciarse sobre la otra causa de nulidad invocada en demanda, al no haberse interesado por la actora en la instancia tras la notificación de la sentencia por vía del art. 215 L.E.C.

Así formulado el motivo de recurso merece ser desestimado. En primer lugar, porque en la sentencia sí se contiene referencia a la causa de nulidad prevista en el art 55.5, cuando en el fundamento de derecho segundo, se transcribe el contenido del artículo 55.5 incluyendo el art. 55.5 c) en la redacción vigente en la fecha del hecho causante. Y aun cuando es cierto que después efectúa razonamientos sobre la lesión del derecho fundamental de igualdad, por haber sido despedido mientras se encontraba en situación de incapacidad, tales razonamientos puedan ser tenidos por no puestos tal como se solicita en recurso, por tratarse de una causa de nulidad no alegada en demanda, y discrepamos en el planteamiento del recurrente, en cuanto a que no pueda entrar a resolver este tribunal sobre la existencia del otro motivo de nulidad alegado en demanda, a pesar de que no lo haya hecho el juzgador en su sentencia, y no se haya solicitado aclaración o complemento de sentencia.

Por cuanto que la vía adecuada es la del recurso de suplicación y tratándose de una cuestión de derecho, sobre el fondo, no se percibe inconveniente alguno para poder resolver sobre la causa o motivo que pueda determinar la calificación de nulidad del despido. Calificación la del despido, que corresponde al juez o tribunal, no a las partes.

En este punto, debe recordarse que el órgano judicial únicamente está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas de forma que no existirá la incongruencia "extra petitum" cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Y conforme a esta doctrina efectivamente la resolución de instancia no incurre en el vicio denunciado.

No hay por tanto, como se ha dicho, incongruencia punible, ni existe motivo de nulidad de la sentencia recurrida. En cualquier caso, debe dejarse igualmente escrito que la congruencia de las resoluciones judiciales es compatible con la utilización por el órgano judicial del principio tradicional del cambio del punto de vista jurídico expresado en el aforismo iura novit curia en cuya virtud los Jueces y Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes.

TERCERO.- En cuanto a la revisión de los hechos probados, formulada por ambos recurrentes, se pretenden por la codemandada-recurrente Carpintería Metálica Aluman S.L las modificaciones siguientes:

1º/ modificar el hecho probado 1º, que dice:

El demandante ha venido prestando servicios laborales por cuenta ajena para la mercantil demandada CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo, posteriormente transformado en indefinido, con antigüedad de 14/06/2010, categoría profesional de Encargado, y con un salario mensual bruto, con prorrata de pagas extras, de 1.431,50 € (documento nº 1 del ramo de prueba del demandante en cuanto al salario y documento nº 11 del ramo de prueba de las codemandadas en lo demás). No consta que el demandante haya ostentado en el año inmediatamente anterior a la fecha de su despido cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores.

para que se le dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

"1º.- El demandante ha venido prestando servicios laborales efectivos por cuenta ajena para la mercantil demandada CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL, como encargado de obra, desde el 28 de marzo de 2018, habiendo estado dado de alta en dicha patronal desde septiembre de 2013. Durante el período septiembre 2013 marzo 2018, el trabajador prestó servicios efectivos en Panamá para la entidad Grupo ALUMAN PANAMÁ, abonando ambas entidades sus nóminas y cotizando a la S.s. española y panameña, y percibiendo un salario mensual bruto, a la fecha del despido, con prorrata de pagas extras, de 1.431,50€ (documento nº 1 del ramo de prueba del demandante en cuanto al salario, folios 5 al 57); y documentos 8 y 11 del ramo de prueba de las codemandadas en lo demás)."



Y ello por cuanto considera la empresa recurrente que, es jurisprudencia constante y reiterada, entre cuyos pronunciamientos cabe citar las Sentencias de TS de 05/02/2001, 14/04/2015 y 03/03/2009, interpretando el art. 56.1 E.T., que a efectos del cálculo de la indemnización de despido, sólo puede computarse como antigüedad el tiempo de servicio efectivamente prestado y con independencia de que la empresa pueda reconocer a otros efectos una antigüedad mayor en nómina (por ejemplo, antigüedad en banca, antigüedad en un grupo de empresas mercantil, etc.). Tal principio sólo quiebra cuando consta expresamente pactado entre empresa y trabajador que la antigüedad reconocida en período superior al inicio de la prestación de servicios efectiva, lo es también a efectos de indemnización por despido. Por tanto, en los demás casos habrá que estarse para dicho cálculo indemnizatorio al tiempo real de prestación de servicios efectivos del trabajador en la empresa.

Se ampara en los folios: documentos 1 de la ramo de prueba de la parte actora (folios del 5 al 57) y 10 del ramo de prueba de la parte demandada (folios del 405 al 416), documento 10 y 11 de ramo de prueba de la parte actora, folios del 93 al 112, y documentos 4.1, 8 y 9 del ramo de prueba de la parte demandada, folios del 277 al 324.

La pretensión así formulada merece ser atendida, si bien no estrictamente en el sentido solicitado, sino que, dado que la antigüedad es una cuestión controvertida, no procede su encaje en hechos probados por cuanto supondría una anticipación de conceptos jurídicos. Por lo que se ha de tener dicho concepto de antigüedad por no puesto.

Y solamente accedemos a introducir en la redacción del hecho probado primero el siguiente texto:

"Durante el período septiembre 2013 marzo 2018, el trabajador prestó servicios efectivos en Panamá para la entidad Grupo ALUMAN PANAMÁ, abonando ambas entidades sus nóminas y cotizando a la S.S. española y panameña"

Pues se trata de constatación de hechos o circunstancias fácticas que se deducen sin necesidad de conjeturas de la documental alegada para revisar.

En tal sentido, cabe citar la STSJ Galicia de 25 de abril de 2016 (rec: 4611/2015): "Existe predeterminación del fallo cuando en relato fáctico de una sentencia se introducen elementos jurídicos. Como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1986: "los conceptos jurídicos son expresiones técnicas jurídicas de matiz sustantivo, con las que el legislador da a conocer o define la esencia o núcleo de la institución de que se trata, que sean asequibles ordinariamente a la comprensión de sólo los juristas, no siendo propias del lenguaje común ordinario, que es el que el juzgador debe emplear, para narrar las conductas sometidas a su enjuiciamiento y decisión; la predeterminación del fallo es anticipar obligadamente el mismo porque al reproducir las palabras de la definición legal supongan juicios de valor que conduzcan positivamente a la calificación jurídica de la institución, adelantando inadecuadamente apreciaciones cuyo lugar justo ha de ser el de los fundamentos de la resolución y negativamente en cuanto si se suprimen dejan sin base el hecho y por tanto el juicio de valor que encierran ... los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, además, no tienen otro alcance que el de su eliminación o más bien tenerlos por no puestos, según reiterada y constante doctrina de esta Sala plasmada en numerosas sentencias" .

2º/ revisar los hechos probados 2º y 4º de la Sentencia.

En cuanto al 2º para que se le dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

2º El actor prestó servicios para varias empresas del Grupo ALUMAN a través de contratos y nóminas que obran en el ramo de la prueba de la parte demandante y de las demandadas en los siguientes períodos comprendidos entre los años 2010 y 2018: del 14/06/2010 al 22/05/2011 y del 27/07/2011 al 07/04/2012 en REFORMAS Y MONTAJES ALUMAN, S.L.; del 16/07/2012 al 04/04/2013 en ARQUIHOL, S.A; del 05/04/2013 al 12/09/2013 en ALUMAN CANARIAS, S.L.; desde 01/05/2013 hasta el 07/03/2018 en GRUPO ALUMAN PANAMÁ, S.A. Durante la relación laboral que el demandante mantuvo con Grupo ALUMAN PANAMÁ, S.A. figuran como pagadores de sus nóminas ésta última y CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN, S.L., constando igualmente cotizaciones a la S.S. panameña y española (documentos 1, 2, 7, 10 y 11 del ramo de prueba de la actora, y documentos 8, 9, 10, 11 y 15 del ramo de prueba de la parte demandada).

Se ampara en los documentos: 1, 2, 7, 10 y 11 del ramo de prueba de la actora, y con base en los documentos 8, 9, 10, 11 y 15 del ramo de prueba de la parte demandada, que contienen la vida laboral del actor, nóminas del período 2010 a 2018 y contratos laborales suscritos con las distintas empresas en las que trabajó de forma efectiva el trabajador.



En lo atinente al hecho probado 4º, se propone su supresión por cuanto que estima que, la descripción de la relación laboral con la empresa recurrente ya figura en el hecho probado 1º de la sentencia que se interesa en este recurso (motivo segundo).

La pretensión se rechaza. Reiteradamente tiene declarado la doctrina jurisprudencial (STS de 28-5-2003 [RJ 2004\1632]), que la modificación fáctica pretendida debe tener una relevancia a efectos resolutorios, de tal modo que no puede ser admitida una propuesta de revisión de hechos probados que, aunque pudiera tener un apoyo suficiente en los términos del artículo 191, b) LPL -actual art. 193.b) LRJS-, y ser cierta, carezca totalmente de trascendencia o de incidencia en relación con la decisión que deba de adoptarse resolviendo el recurso formulado, al no aportar nada que sea de interés, lo que así ocurre en el caso presente en que la revisión propuestas resulta por completo intrascendente para modificar el signo del fallo y para la decisión final del litigio

El hecho probado es esencialmente igual al que se pretende introducir.

Sin perjuicio de la valoración jurídica de la situación laboral del demandante. Este Tribunal tiene reiteradamente dicho que el recurso de Suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo, y a tales efectos son invocables documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que tales pruebas -documentos y pericias evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia, de manera que -por ello a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (SSTS de 17-octubre- 90 [RJ 1990\7929] y 13-diciembre-90 [RJ 1990\9784]), hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia, entre otras, de 3-3-00 [AS 2000\487], 14-4-00 [AS 2000\1087], 15-4-00...).

3º/ revisar los hechos probados 9º y 10º para que se les dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

9º En fecha 25/06/2018 el demandante presentó papeleta de conciliación ante el SMAC frente a la mercantil CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN, S.L. en reclamación de los siguientes conceptos y cantidades: Vacaciones no disfrutadas 3.468,51€; Desplazamientos 5.108,34€; Horas extras realizadas durante los años 2017 y 2018 10.178,88€; Gastos avión desplazamiento 1.953,83€; seguro de salud de los últimos cuatro años 1.931,50€; TOTAL 22.641,06€. (documento nº 20 del ramo de prueba del demandante)

10º El demandante presentó ante los órganos judiciales de PANAMÁ en fecha 06 de junio de 2018, demanda en reclamación de cantidad frente a la mercantil GRUPO ALUMAN PANAMÁ, S.A. por los siguientes 17 conceptos y cantidades; Vacaciones pendientes 6.278,00\$; Décimo XIII mes pendiente 1.070,83\$; Décimo XIII mes proporcional 844,63\$; Porcentaje por obra-construcción 6% 4.143,48\$; prima de antigüedad 1.327,98\$. (Documento nº 21 del ramo de prueba del demandante).

Se basa en los folios 200 y 200 vuelto, dicho documento es igualmente aportado como documento 13 por las demandadas; y 21 (folios 203 a 206) del ramo de prueba de la parte actora,

Se acepta la revisión propuesta. Por lo que se refiere a la introducción pretendida y aunque se trate - en definitiva- de un dato que no ha de tener trascendencia para la resolución, sin embargo -así, SSTSJ Galicia 14/09/13 R. 1930/13, 23/07/13 R. 1239/11, 12/07/13 R. 1427/13, 11/07/13 R. 963/11, 12/04/13 R. 4422/10, 23/01/13 R. 5457/12, 12/11/12 R. 3721/12, etc.-, al no ser este trámite de Suplicación el último grado de jurisdicción y resultar siempre factible que contra la presente sentencia se interponga recurso de Casación, de manera que en unificación de doctrina el Tribunal Supremo bien pudiera apreciar en forma diversa la trascendencia de los hechos que el recurso pretende incorporar al relato fáctico, tales circunstancias determinan que la Sala deba ya dejar definitivamente configurada la visión que tiene de los hechos, sin que pueda excluir respuesta a los motivos revisorios por considerar que los aducidos son irrelevantes para el pronunciamiento que haga (SSTS 23/02/99 Ar 2018 , 19/01/98 Ar 997, 22/05/

4º/ solicitar la revisión del hecho probado 14º de la sentencia. Para que se le dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

14º.- En fecha de 21/08/2018 el demandante se encontraba en una casa en obras, de su propiedad, en la aldea Lázaro, en el término municipal de Vila de Cruces (Pontevedra); sobre las 10:40 horas fue observado ayudando a otra persona a empujar una hormigonera que había sido usada en las citadas obras, ayudando también a dicho tercero a la operación de cargar por medio de una grúa dicha hormigonera al camión conducido por esa tercera persona. El día 04/09/2018 tiene lugar una conversación habida entre el Gerente y la Directora de la



codemandada-recurrente y el actor momentos antes de producirse el despido litigioso, y en la que éste último niega categóricamente que se estuviesen realizando trabajos de rehabilitación en la casa de su propiedad.

La pretensión revisora del citado hecho probado tiene como justificación hacer constar que la vivienda en que se encontraba el actor era de su propiedad. Se acepta la revisión propuesta, en cuanto a este hecho concreto, que por otra parte no se niega por el demandante.

El resto de la modificación pretendida se rechaza. Por cuanto se basa en documento inhábil a los efectos pretendidos. Se trata de una conversación plasmada en un documento, que ya ha sido objeto de valoración por el juzgador de instancia. No resulta medio hábil para la revisión y además debe tener la consideración de prueba testifical documentada, por lo que, al contener alegaciones de parte, no posee virtualidad revisora, en cuanto que en suplicación no resulta admisible -en orden a la revisión de los hechos declarados probados por el Magistrado de instancia- el interrogatorio de testigos o partes (art. 193.b] LRJS), ni cuando aparece enmascarada de documental, como es aquí el caso.

La redacción del hecho probado 14º quedara del siguiente tenor literal:

14º.- En fecha de 21/08/2018 el demandante se encontraba en una casa en obras, de su propiedad, en la aldea Lázaro, en el término municipal de Vila de Cruces (Pontevedra); sobre las 10:40 horas fue observado ayudando a otra persona a empujar una hormigonera que había sido usada en las citadas obras, ayudando también a dicho tercero a la operación de cargar por

CUARTO.- En cuanto al recurso del demandante: Al amparo de la letra b) del art 193 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Se pretenden las siguientes modificaciones:

1º/- Modificación del hecho probado octavo de la sentencia de instancia, que dice:

8º.- El demandante solicitó en fecha 24/05/2018 una solicitud por permiso de paternidad por nacimiento de hijo, para el periodo de 26/05/2018 a 22/06/2018. 1.

Para que se le dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

"8º.- El demandante solicitó en fecha 24/05/2018 una solicitud por permiso de paternidad por nacimiento de hijo, para el periodo de 26/05/2018 a 22/06/2018. La fecha de nacimiento del hijo del demandante fue el NUM001 de 2018."

Se ampara en la documentación sobre el permiso de paternidad aportada como documento 19 por el demandante (folio 178 de la carpeta de prueba) y, concretamente, en los folios 180 y 184.

Se acepta la revisión propuesta. Se obtiene con literalidad suficiente de la prueba documental alegada para revisar.

La modificación tal como expone el recurrente resulta trascendente, pues el artículo 55.5.c) del Estatuto, recoge como causa de nulidad el despido de trabajadores tras haberse reincorporado por el permiso de paternidad, siempre que no hayan transcurrido doce meses desde el nacimiento (nueve en la redacción vigente en el momento del despido). Causa de nulidad alegada en demanda y recurso. Sin perjuicio de lo que se razone en la fundamentación jurídica.

2º/ Modificación del hecho probado noveno en la sentencia de instancia, con el siguiente tenor literal:

9º.- En fecha 25/06/2018 el demandante presentó papeleta de conciliación ante el SMAC frente a la mercantil CARPINTERÍA METÁLICA ALUMÁN, S.L., en reclamación de cantidad por desplazamientos, vacaciones y retribuciones pendientes de percibir (documento nº 20 del ramo de prueba del demandante)

Para que se sustituya por lo siguiente:

9º.- En fecha 25/06/2018 el demandante presentó papeleta de conciliación ante el SMAC frente a la mercantil CARPINTERÍA METÁLICA ALUMÁN, S.L., en reclamación de cantidad por desplazamientos, vacaciones y retribuciones pendientes de percibir (documento nº 20 del ramo de prueba del demandante). La conciliación administrativa se celebró el día 12 de julio de 2018, resultando SIN AVENIENCIA.

Se basa en el documento 20 de los aportados por el demandante, documento citado en el hecho probado. Se corresponde con acta de conciliación, en que se puede ver la fecha referida y el resultado de la conciliación.

Se acepta la revisión propuesta.

3º/ Modificación del hecho probado decimoquinto, con el siguiente tenor literal:



15º.- La mercantil demandada encargó, en torno al mes de agosto de 2018, la elaboración de un informe de detectives privados acerca de las actividades que realizaba el demandante durante su baja médica (testifical de D^a. Claudia)

Para que se sustituya por lo siguiente:

15º.- La mercantil demandada contrató el día 24 de julio de 2018 la elaboración de un informe de detectives privados acerca de las actividades que realizaba el demandante durante su baja médica (testifical de D^a. Claudia).

Se basa en el informe de detectives aportado como documento 17 por la demandada (folio 507 de la carpeta de prueba) y, concretamente, su página primera.

Tal pretensión se rechaza. Reiteradamente tiene declarado la doctrina jurisprudencial (STS de 28-5-2003 [RJ 2004\1632]), que la modificación fáctica pretendida debe tener una relevancia a efectos resolutorios, de tal modo que no puede ser admitida una propuesta de revisión de hechos probados que, aunque pudiera tener un apoyo suficiente en los términos del artículo 191, b) LPL -actual art. 193.b) LRJS-, y ser cierta, carezca totalmente de trascendencia o de incidencia en relación con la decisión que deba de adoptarse resolviendo el recurso formulado, al no aportar nada que sea de interés, lo que así ocurre en el caso presente en que la revisión propuestas resulta por completo intrascendente para modificar el signo del fallo y para la decisión final del litigio.

4º.- Adición de un hecho probado decimotercero, proponiéndose la siguiente redacción:

"DECIMOTERCERO.- Los detectives contratados por Carpintería Metálica Alumán hicieron seguimientos en el interior del domicilio privado del actor"

Se ampara en el informe de detectives aportado como documento 17 por la demandada (folio 507 de la carpeta de prueba). Y como páginas relevantes de dicho documento a los efectos de esta revisión, cita las páginas 13, 14, 15, 16 y 17.

La pretensión se rechaza. Como el propio recurrente refiere en su escrito de recurso, no se incluye dentro de la prueba documental, a los efectos de la revisión de hechos probados, los informes de investigadores privados, STS 24 febrero 1992; ni los medios de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, STS 16 junio 2011.

Por otra parte como ya señalamos en autos Rec-num. 1543/11 de esta misma Sala y Sección, la modificación propuesta presenta un claro signo conclusivo-valorativo más que meramente fáctico, resultando de la interpretación de los documentos que hace la parte recurrente, debiendo recordarse a este respecto que la prueba ha de ser fehaciente, es decir, debe reflejar la verdad por sí sola, y con ello el error del Juzgador, sin otras consideraciones colaterales, hipótesis o conjeturas, porque, si éstas se admitieran, la Sala se encontraría suplantando al Juez de lo Social en la valoración de la prueba, como si de un nuevo juicio se tratara (una mera apelación) y no resolviendo un recurso que tiene naturaleza extraordinaria.

QUINTO.- Alegan los dos recurrentes infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, al amparo de la letra c) del art 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Procede examinar en primer lugar, las infracciones que se aducen en el escrito de recurso formulado por CARPINTERÍA METÁLICA ALUMÁN, S.L. y así;

1º/ Alega infracción la codemandada, del artículo 56 y 56.1 E.T. y de las Sentencias del Tribunal Supremo de 05 de febrero de 2001, 14 de abril de 2005 y 03 de marzo 2009.

Señalando como fecha de antigüedad del trabajador en CARPINTERÍA METÁLICA ALUMÁN, S.L. la de 28 de marzo de 2018, momento en el que dice el recurrente, el actor comenzó a prestar servicios efectivos en dicha empresa, tras su baja en la mercantil Grupo ALUMAN PANAMÁ, S.A.

Sostiene el recurrente, que el precepto objeto de cita como apoyatura legal y las Sentencias igualmente invocadas, haciéndose eco de otros pronunciamientos previos y que constituyen una doctrina jurisprudencial monolítica en la materia, razonan que a efectos de cuantificar la indemnización por despido improcedente no es confundible la antigüedad que se pueda asignar al trabajador al inicio de su relación laboral por cualquier causa, con el tiempo de servicio que se genere en el desarrollo de ésta, siendo sólo tal tiempo de servicios efectivos el que ha de ser computado para el cálculo de la indemnización que correspondiera.

Los Tribunales sólo admiten dos excepciones a dicha doctrina: la de aquellos supuestos de sucesión de empresa o subrogación expresa, en los que lógicamente la antigüedad en la empresa sucedida o subrogada se comunica, y cuando existe un pacto expreso entre empresa y trabajador reconociendo la antigüedad a todos los efectos o especialmente a efectos de cómputo en caso de indemnización por despido. Y que tales



excepciones, no concurren en el caso aquí enjuiciado, a lo que hay que añadir la circunstancia declarada por la Sentencia de Instancia de inexistencia de grupo laboral o patológico de empresas respecto de las mercantiles absueltas. Solicitando una antigüedad del trabajador en CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN, S.L. de 28 de marzo de 2018, momento en el que el actor comenzó a prestar servicios efectivos en dicha empresa tras su baja en la mercantil Grupo ALUMAN PANAMÁ, S.A.

Así planteado el motivo de recurso, ha de ser desestimado, pues como se desprende del hecho probado 2º, entre enero de 2011 y abril de 2014 consta como pagador de las nóminas del demandante la mercantil REFORMAS Y MONTAJES ALUMAN SA (prestó servicios para la misma como trabajador eventual entre el 14/06/2010 y el 22/05/2011 y entre el 27/07/2011 y el 04/04/2012; entre julio de 2012 y marzo de 2013 consta como pagador la mercantil ARQUIHOR SA (prestó servicios para la misma, como trabajador eventual entre el 16/07/2012 y el 04/04/2013); entre abril de 2013 y septiembre de 2013 consta la mercantil ALUMAN CANARIAS SL (prestó servicios para la misma como trabajador eventual entre el 05/04/2013 y el 12/09/2013); entre octubre de 2013 y agosto de 2018 consta como tal pagadora la mercantil CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL (prestó servicios para la misma como trabajador indefinido entre el 01/09/2014 y el 31/03/2018 y a partir del 01/04/2018) (documentos nº 1, nº 3, nº 5 y nº 7 del ramo de prueba del demandante).

Ahora bien, como se desprende del propio hecho probado referido, mientras el trabajador, desde septiembre 2013 a marzo 2018, prestó servicios efectivos en Panamá para la entidad Grupo ALUMAN PANAMÁ, abonaban ambas entidades sus nóminas y cotizaban por el trabajador a la Seguridad Social española y panameña.

De forma que de conformidad con la doctrina alegada por el recurrente, que compartimos, estando al tiempo de servicios efectivamente prestados, la antigüedad debemos fijarla en la fecha de septiembre de 2013, por cuanto ambas empresas han de ser consideradas sus empleadoras, tanto Grupo ALUMAN PANAMÁ, como CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN SL que pagaban sus nóminas y cotizaban por el trabajadora a la S.S. española y panameña.

Y en este sentido debe ser estimado en parte, el motivo de recurso.

2º/ Al amparo del apartado c) del art. 193 de la vigente Ley de la Jurisdicción Social, en concepto de examen del Derecho aplicado en la sentencia recurrida, alega también la codemandada recurrente, infracción el artículo 53.4 del E.T., 108.2 de la LJS y las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictadas en los asuntos C-395/15 (Caso 20 Daouidi), de fecha 01 de diciembre de 2016 y los asuntos C 335/11 y C 337/11 (HK Danmark), de fecha 11 de abril de 2013, en relación con la Directiva 2000/78 y STS de 03 mayo de 2016, recurso 3348/2014.

Se dedica el recurrente a combatir las conclusiones a que llega el Juzgador a quo, con relación a la supuesta infracción del principio de igualdad al producirse la decisión extintiva disciplinaria cuando el trabajador se encontraba en IT. El propio Juzgador de Instancia alude en su razonamiento al concepto de discapacidad vinculado a la duración de las dolencias que originan la IT, entendiéndose que puede concurrir dicha discriminación en aquella que precisan un largo plazo de curación, bien inicial o bien por reincidente o recaída.

Y que resulta no combatido que la causa de la IT es una lumbalgia (documento 12 del ramo de prueba de parte demandada y documento 14 del ramo de prueba de la parte actora y fundamento de derecho segundo de la Sentencia, página 18).

Y que, por dicha razón, no cabe la aplicación de los artículos 53.4 E.T. y 108.2 de la LJS, pues de acuerdo con los pronunciamientos del Alto Tribunal Europeo objeto de cita en aplicación de la también mentada Directiva europea, lo esencial a estos efectos es si la duración de las dolencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales son lo suficientemente prolongadas como para entender que puedan quedar sumidas en el concepto de discapacidad. Y que por tales razones, jamás podría declararse la nulidad del despido litigioso por la causa esgrimida por el Juzgador, en su sentencia ex novo, porque la lumbalgia es una dolencia altamente incapacitante, pero con un corto período de recuperación o curación -según los manuales médicos máximo 4/6 semanas-, a lo que hay que unir que queda igualmente acreditado que el despido tiene su causa en una simulación de baja o en la realización de actividades contrarias a la situación incapacitante, y nunca por la propia dolencia padecida por el actor.

Solicitando que la Sentencia, en cuanto a tal pronunciamiento, debe ser anulada o revocada.

Y así formulado el motivo de recurso debe ser estimado. Por cuanto esta Sala comparte los fundamentos de la recurrente en este extremo.

3º/ Al amparo del apartado c) del art. 193 de la vigente Ley de la Jurisdicción Social, en concepto de examen del Derecho aplicado en la sentencia recurrida, alega también la codemandada, infracción de los artículos 24.1



C.E., 4.2 g) E. T. y 55.5 E. T. y art. 7 del C.C. y las SSTs, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2019, nº 374/2019; 26 de abril de 2018, nº 456/2018 y 21 de febrero de 2018, nº 185/2018.

Sostiene el recurrente que, el Juzgador en su Sentencia acoge como segundo motivo de nulidad la concurrencia de represalia, por supuesta vulneración del derecho a tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad, en el despido llevado a cabo por la demandada, aplicando las consecuencias prevenidas en el art. 55.5 E.T. Como base para su decisión, considera que las dos reclamaciones que se recogen en los hechos declarados probados 9º y 10º -cuya modificación el recurrente interesó en los motivos precedentes de este recurso con fines aclaratorios- son indicio, más que suficiente, para llegar a tal conclusión, añadiendo que la empresa, dada la inversión de la carga de la prueba que opera en estos casos, no ha procedido a acreditar que su actuación tiene una causa real y seria ajena a todo propósito lesivo contra el trabajador.

Y el recurrente estima que la doctrina del TS viene exigiendo al trabajador que aporte indicios sólidos que permitan al Juzgador decidir con objetividad sobre la lesión, que en muchos casos pueden llevar al Juez a declarar la inexistencia de indicios válidos que inviertan la carga probatoria que le lleven a declarar que no ha habido vulneración del derecho fundamental en juego. Y que la causa de nulidad por persecución no puede ser acogida; en primer lugar, por cuanto que los indicios ni son sólidos, ni son hábiles, ni son reales, es más son fraudulentos por aplicación de art. 7 del C.C.; y en segundo lugar porque el dirigido frente a esta parte reclama conceptos objetivamente irreclamables.

Como señalamos en nuestra Sentencia, Tribunal Superior de Justicia Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 25 noviembre 2005 Recurso de Suplicación núm. 4928/2005. (AS 2006\779). Resulta oportuno recordar en torno al despido nulo por presunta vulneración de derechos fundamentales, siguiendo precedentes sentencias de este Tribunal, en concreto sentencia de 20/5/05 (Recurso 1843/05) que es cierto que en los casos de alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales se invierte la carga de la prueba, sin llegar a la probatio diabólica; pero para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio (STC 266/1993, de 20/septiembre [RTC 1993\266], F. 2), sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» (STC 207/2001, de 22/octubre [RTC 2001\207], F. 5) o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (STC 308/2000, de 18/diciembre [RTC 2000\308], F. 3) (STC 41/2002, de 25/febrero [RTC 2002\41], f. 3). Con la consecuencia de que ese indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada, tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales (SSTC 101/2000, de 10/abril [RTC 2000\101]; 308/2000, de 18/diciembre; 136/2001, de 18/junio [RTC 2001\136]; 14/2002, de 28/enero [RTC 2002\14]; 41/2002, de 25/febrero, f. 3; 48/2002, de 25/febrero, f. 5; 66/2002, de 21/marzo [RTC 2002\66]; 84/2002, de 22/abril [RTC 2002\84], f. 3, 4 y 5; 5/2003, de 20/enero [RTC 2003\5], f. 6).

E igualmente se afirma (con cita de las SSTC 135/1990, de 19/julio [RTC 1990\135]; 21/1992, de 14/febrero [RTC 1992\21]; y 7/1993, de 18/enero [RTC 1993\7]) que «... cuando se ventila un despido "pluricausal", en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado. Subsiste, no obstante, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, de que los hechos motivadores de la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezcan a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En otras palabras, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo» (STC 48/2002, de 25/febrero [RTC 2002\48], f. 8)...

De otra parte ha de reiterarse -con las SSTSJ Galicia 26/05/03 R. 1771/03 (JUR 2003\233649) y 27/02/04 R. 660/04 (AS 2004\910)- que sobre la denominada «garantía de indemnidad» el Tribunal Constitucional recuerda - STC 198/2001, de 04/octubre (RTC 2001\198), que se remite a la STC 140/1999 (22/julio [RTC 1999\140]); y al ATC 219/2001, de 18/julio (RTC 2001\219 AUTO)- que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface [...] mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta



no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza [...] En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (SSTC 7/1993 [RTC 1993\7], 14/1993 [RTC 1993\14] y 54/1995 [RTC 1995\54]). Y al efecto se decía en STC 7/1993 (18/enero) que «si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción [...] por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula». Y como destacan esa misma Sentencia y otras posteriores -SSTC 7/1993, de 18/enero; 14/1993, de 18/enero; 54/1995, de 24/febrero; 197/1998, de 13/octubre (RTC 1998\197), 140/1999, de 22/julio; 101/2000, de 10/abril (RTC 2000\101); 196/2000, de 24/julio (RTC 2000\196); y 199/2000, de 24/julio (RTC 2000\199)-, la prohibición del despido [u otra medida empresarial] como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5.c del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (RCL 1985\1548) [...], que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo «el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes». Asimismo, el despido u otra decisión patronal dirigida contra el empleado en estos casos supondría el desconocimiento del derecho básico que ostentan los trabajadores, conforme al art. 4.2 g) ET (RCL 1995\997), que configura como tal «el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo». E igualmente cabe citar, por último, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22/09/98 (TJCE 1998\207); (Asunto C- 185/1997), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE (LCEur 1976\44), declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

Poniendo el punto de partida para la estimación de la represalia, como señala el recurrente en las dos reclamaciones citadas, es decir la que tiene como destinatario a la entidad GRUPO ALUMAN PANAMÁ, S.A., y la dirigida frente CARPINTERÍA METÁLICA ALUMAN, S.L.

Ahora bien, como se trata en este motivo, del estudio de posible causa de nulidad del despido, no debemos olvidar, que otra de las causas de nulidad alegadas en demanda, y que el juzgador de instancia, ha dejado de resolver, pero que como expresamos, no impide entrar en su estudio por este tribunal, es la causa recogida en el art.55.5 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto resulta acreditado que el demandante cursó un proceso de incapacidad temporal con fecha de inicio de 25/06/2018 y del que fue alta en fecha de 21/09/2018 (documento nº 14 del ramo de prueba del demandante). Y el demandante con anterioridad a la baja por incapacidad temporal, había solicitado en fecha de 24/05/2018 una solicitud por permiso de paternidad por nacimiento de hijo, para el periodo de 26/05/2018 a 22/06/2018 (documento nº 19 del ramo de prueba del demandante) siendo la fecha de nacimiento del hijo del demandante el NUM001 de 2018. Y la fecha de despido 04/09/2018.

Hecho este, que determina que su despido acaecido el 04/09/2018 sea nulo directamente, pues "Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: [...]c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados" - artículo 55.5 ET; esto es, el despido -ante la imposibilidad de que se declare procedente- es nulo sin necesidad de ninguna otra actuación, por efecto de la presunción legal.

Lo cual nos lleva a entrar en el estudio del siguiente motivo alegado por el recurrente, a los efectos de determinar la procedencia o improcedencia de la decisión empresarial.

SEXO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la vigente Ley de la Jurisdicción Social, en concepto de examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida, alega infracción de los artículos 54.2d) E. T. y 75.d) del Convenio Colectivo del Sector Siderometalúrgico de La Coruña aplicable y de las Sentencias del 23 TS, Sala de lo Social, de 07 de abril de 1992, 04 de mayo de 1990, 07 de julio de 1987, 14 de julio de 1986 y 21 marzo de 1984. En cuanto que considera procedente la decisión extintiva.

La sentencia de instancia en su hecho probado 14º, hace constar que: "En fecha de 21/08/2018 el demandante se encontraba en una casa en obras, de su propiedad, en la aldea DIRECCION002 , en el término municipal de DIRECCION001 (Pontevedra); sobre las 10:40 horas fue observado ayudando a otra persona a empujar una hormigonera que había sido usada en las citadas obras, ayudando también a dicho tercero a la operación de cargar por medio de una grúa dicha hormigonera al camión conducido por esa tercera persona."



Y en la fundamentación jurídica con valor de hecho probado hace constar que: solo en una ocasión fue visto por los investigadores privados realizando una actividad que pudiera tener que ver con la que venía siendo su profesión habitual, pero que, en todo caso, se reducía a prestar ayuda a otro operario para poder mover una hormigonera de pequeño tamaño, con ruedas, para acercarla al camión y allí cargar esta en dicho vehículo con ayuda de una grúa."

Como señalamos en nuestra STSJ, Social sección 1 del 28 de abril de 2017 (ROJ: STSJ GAL 3012/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:3012) Sentencia: 2469/2017, Recurso: 241/2017

"...A) La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad (Sentencia de 26 de enero de 1.987, con cita de las de 21 de enero y 22 de mayo de 1.986).

B) La buena fe, como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y el fiel cumplimiento de los deberes, ha trascendido al ordenamiento jurídico. Así el Título Preliminar del Código Civil precisa que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe" (artículo 7-1), pone coto al fraude de ley (artículo 6-4) y niega amparo al abuso de derecho o al ejercicio antisocial del mismo (artículo 7-2). También el Estatuto de los Trabajadores la ha incluido en sus preceptos; somete las prestaciones recíprocas de empresarios y trabajadores a sus exigencias (artículo 20-2) y faculta, para la extinción del contrato, al empleado si se le modifican las condiciones de trabajo substancialmente y de tal suerte que se perjudique su formación o se menoscabe su dignidad (artículo 50.1 a) y al empleador cuando la conducta de aquél comporte transgresión de la buena fe contractual (sentencia de 25 de febrero de 1.984 , con cita de la de 10 de mayo de 1.983).

C) Es requisito básico que ha de concurrir para configurar la deslealtad que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 25 de febrero y 26 de septiembre de 1.984).

D) La falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1.986 y 26 de enero de 1.987

E) No exonera de responsabilidad ni la autoinculpación (Sentencia de 21 de noviembre de 1.984), ni el hecho del reintegro posterior de la cantidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1.980 y 9 de mayo de 1.988).

En concreto, en lo que se refiere al hecho de la situación de estar trabajando estando de baja, -- la jurisprudencia señala que ha de tenerse en consideración que tipo de enfermedad provoca la situación de IT y ello ponerlo en relación con las ocupaciones que el trabajador desempeña en su puesto de trabajo y las que realizó durante la baja, y para poder concluir que el realizar actividades durante el proceso de IT sean merecedoras de la máxima sanción del despido es preciso que concurren dos circunstancias: por un lado que con las actividades que se realicen durante la baja se perjudique o retrase la curación del trabajador; y por otro, que de algún modo tales actividades pongan de manifiesto la capacidad del actor para trabajar, lo que evidenciaría una simulación de la enfermedad en perjuicio tanto de la empresa como de la seguridad social que subvencionan el periodo de baja, destinado en principio para la adecuada curación de la dolencia que aparta al operario de la realización de las funciones propias de su tarea habitual. En este sentido pueden invocarse las sentencias del Tribunal Supremo del 6 de abril de 1990, 14 de mayo de 1990, 13 de febrero de 1991, 16 de mayo de 1991 o 30 de mayo de 1992.

Y en el mismo sentido se ha pronunciado ya esta Sala del TSJ de Galicia pudiendo citarse entre otras las sentencia de 28 de marzo de 2012, rec. 6140/2011, que a su vez se remite a la del 30 de noviembre de 2011, recurso 3355/2011 en la que señalábamos que "De acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala IV "... en situación de baja por incapacidad al trabajador le es lícito realizar todas aquellas actividades compatibles con su situación, excluido cualquier trabajo por cuenta propia o ajena, estimando como compatibles las actividades de mera distracción o lúdicas y todas aquellas que no perturben o retrasen la curación del trabajador, o sean contraproducentes para su enfermedad" (STS de 4 octubre 1985 [RJ 1985, 4662]), "... de aquí que tenga muy precisado que no toda actividad desarrollada durante la situación de ILT puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a



la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa" (SST de 21 marzo [RJ 1984, 1592] y 21 de dic. de 1984 [RJ 1984, 6481], 4 de oct. de 1985 [RJ 1985, 4662] y 29 de enero [RJ 1987, 177], 3 de febrero [RJ 1987, 769] y 7 de julio de 1987 [RJ 1987, 5103]).

Sin embargo, se han considerado contrarias a las exigencias de la buena fe contractual todas aquellas actividades que, o bien resultan contraindicadas para el curso de la enfermedad, o simplemente exponen al que las hace a una recaída en la misma, pues quien desarrolla esa conducta está defraudando a la empresa, a la Seguridad Social y a sus propios compañeros de trabajo; suponiendo una contravención palpable del deber fundamental de colaborar en su curación que tiene el trabajador (SSTS de 5 octubre 1988 [RJ 1988, 7533] y 14 mayo 1990 [RJ 1990, 4318])" pues, a tenor de lo establecido en los arts. 1544 y 1585 ambos del Código Civil (LEG 1889, 27) y art. 5-a) del referido Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980, 607), supone un incumplimiento contractual grave y culpable que el siguiente art. 54-2 del mismo Cuerpo Legal sanciona con despido,... porque la incapacidad temporal que define el art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) es, conforme a lo prevenido por el núm. 1-c) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, solamente causa de suspensión del contrato que exonera al trabajador del deber de trabajar pero no del cumplimiento del resto de las obligaciones como las de fidelidad, buena fe y contribución a la mejora de la producción..." (SSTS de 31 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2763], 7 de julio de 1987 [RJ 1987, 5103], 3 [RJ 1988, 568] y 12 de febrero de 1988 [RJ 1988, 614] y 24 de julio de 1990 [RJ 1990, 6465]). "

Y como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 6566/2004 Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1), de 30 septiembre Recurso de Suplicación núm. 3953/2004. (JUR 2004\314634), remitiéndose a otras, de 29 de diciembre de 1995 (AS 1995\4926), 7 de octubre de 1996, 6 de julio de 1998 (AS 1998\3457) y 24 de octubre 2000 (JUR 2001\11402), «frente a una doctrina restrictiva que entendía que toda actuación laboral en situación de baja era merecedora de despido por transgredir la buena fe contractual y romper el deber de lealtad del trabajador para con la empresa, se ha ido imponiendo un criterio menos rígido (según el cual), no toda actividad desarrollada durante la situación de I.L.T. (IT) es sancionable con el despido sino aquella que a la vista de las circunstancias concurrentes es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa» (y en tal sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1990 [RJ 1990\6465] y de 14 de mayo del mismo año [RJ 1990\4318] que por esta Sala se cita en la de 15 de febrero de 1994 [AS 1994\574]).

Y no cabe duda que en el supuesto de autos, la conducta descrita consistente en que el día 21/08/2018 el demandante en su casa en obras, situada, en la aldea DIRECCION002, en el término municipal de DIRECCION001 (Pontevedra); sobre las 10:40 horas estuvo ayudando a otra persona a empujar una hormigonera que había sido usada en las citadas obras, de pequeño tamaño, con ruedas, para acercarla al camión, ayudándole también a en la operación de cargar por medio de una grúa dicha hormigonera al camión conducido por esa tercera persona. No reviste ni la gravedad ni la culpabilidad suficiente e intencionalidad, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, ni resulta acreditado que sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa. Por lo que hemos de concluir, que tal conducta no merece la imposición de la sanción máxima de las que comportan el ordenamiento laboral, por lo que la calificación del despido de la demandante debería ser la de improcedente.

Ahora bien, como hemos expresado, siendo la fecha de nacimiento del hijo del demandante el 22/05/2018 y la fecha de despido 04/09/2018. Y dada la dicción del art.55.5 del Estatuto de los Trabajadores "Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: [...]c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor, (en la redacción en vigor en la fecha del despido) el despido ante la imposibilidad de que se declare procedente- es nulo- sin necesidad de ninguna otra actuación, por efecto de la presunción legal.

Por todo ello la declaración de nulidad del despido procede mantenerse. Confirmando la sentencia de instancia, en ese extremo.

SEPTIMO.- Finalmente en cuanto al recurso interpuesto por el demandante, al amparo de lo previsto en el artículo 193.c) Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, en orden a revisar la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, alega el recurrente, insuficiencia de la indemnización por daños morales: por infracción de Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg. 5/2000), especialmente los artículos 8.12 y 40 de dicha norma, del art. 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción



Social (Ley 36/2011), de los arts. 1101 y 1902 del Código Civil (RD de 24 de julio de 1889) y de los artículos 14, 18 y 24 de la Constitución Española; así como de la jurisprudencia que cita.

En el Auto de fecha 23 de julio del año 2019 se fija una indemnización por daños morales de 6.251 €, considerando, que esa cantidad es muy inferior a la que corresponde el actor, habida cuenta de los hechos recogidos en Sentencia. Pues considera el demandante que se han producido hasta tres vulneraciones de derechos fundamentales: - El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española), por haberse realizado el despido en represalia al trabajador por haber reclamado contra la empresa. -El derecho a igualdad y no discriminación (art. 14 de la Constitución Española), por haber despedido a un trabajador tras finalizar el período de disfrute del permiso de paternidad. . - El derecho a la intimidad (art. 18 de la Constitución Española). Entendida esta vulneración por dos motivos: o Por haberse enviado detectives a hacer seguimientos en el interior del domicilio del actor

Así planteado el recurso ha de ser desestimado. No procede considerar tres infracciones de derechos fundamentales distintas como pretende el demandante recurrente, pero es que además, como anteriormente hemos expresado, el despido de una persona acogida a un permiso de paternidad en los nueve (ahora doce) meses posteriores al nacimiento del hijo, constituye una causa de nulidad objetiva, ex art. 55.5.c) del Estatuto de los Trabajadores. Situación objetivamente discriminatoria, hasta el punto que se ha recogido en la propia norma (como alega el recurrente)

Y llegados a este punto debemos traer a colación aquí, lo que ya expresamos en sentencia STSJ, Social sección 1 del 09 de diciembre de 2019 (ROJ: STSJ GAL 7153/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:7153) Sentencia: 4802/2019 Recurso: 3789/2019, en la que dijimos:

".....Con la nueva regulación los daños morales van de suyo o resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización (STS 17/12/13, Rec. 109/12; 30/04/14, Rec. 213/13; 19/12/17, Rec. 624/16), sobre cuya cuantía debe pronunciarse el juez 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.

2.- La cuantificación de los daños corresponde al Juez de Instancia siendo solo revisable en los casos en que resulte manifiestamente arbitraria, irrazonable o desproporcionada (SSTS de 5/2/2013, Rec. 89/2012; 17/06/14, Rec. 157/13), habiéndose considerado idónea la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas tanto por la Jurisprudencia ordinaria

Ahora bien como señala el TS en Sentencia de 6 de mayo de 2009 "... d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada 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 y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia (conocimiento empresarial), que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer. 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 (19/Octubre/92) de la que la Ley 39/1999 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». Así se expresa el TS en Sentencia de 6 de mayo de 2009 (Recurso nº 2063/2008).

Y asimismo en STSJ, Social sección 1 del 07 de noviembre de 2019 (ROJ: STSJ GAL 6310/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:6310) Recurso: 4093/2019 afirmamos: ".....A la luz de ello, hay que partir de que en nuestro ordenamiento se dispensan dos grados de tutela por razón del embarazo:

- Una objetiva y automática, la expuesta más arriba, que constituye una acción positiva (art.55.5 b) ET y art.11.1 LO 3/07) basada en el embarazo mismo, con independencia de su conocimiento por el empresario (art.55.5b)



ET y SSTC 124/09 y 92/08) y que opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba (Vid. STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 2795/2010 de 19 octubre AS 2010 \2667).

- Otra antidiscriminatoria, consagrada en el art.55.5 primer párrafo del ET, art. 8 LO 1/03 y art. 14 CE: que requiere la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por el empresario y que también opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba y que sí exige la prueba del conocimiento del embarazo por la empresa. En este caso, la trabajadora ha de aportar indicios suficientes de que su despido o cese se debe a la discriminación por embarazo (entre ellos, por excelencia, el conocimiento del embarazo), mientras que sobre la demandada recae la carga de probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad (art.13 LO 3/07). En este caso, además de la nulidad del despido o cese, la discriminación puede originar una indemnización (arts.181 y 182 LP, en la redacción dada por la DA 13ª de la LO 3/07).

Por todo ello, dado que no se ha declarado la nulidad del despido, por esta segunda causa, sino que se trata de una causa objetiva y automática, que constituye una acción positiva (art.55.5 c) Estatuto de los Trabajadores, "c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor, (en la redacción en vigor en la fecha del despido). Y el despido ante la imposibilidad de que se declare procedente- es nulo sin necesidad de ninguna otra actuación, por efecto de la presunción legal, como ya expresamos, en consecuencia no procede fijar indemnización.

Por todo ello,

FALLAMOS

Que estimando en parte los recursos de Suplicación interpuestos por la representación procesal del demandante y de la empresa Carpintería Metálica Aluman S.L, contra la sentencia de fecha 23/07/19, dictada por el Juzgado de lo Social núm.1 de A Coruña, en autos 765/18, revocamos en parte la sentencia recurrida. Y manteniendo la declaración de nulidad del despido, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración, respecto de la readmisión y abono de salarios de tramitación, revocamos la sentencia recurrida, fijando la fecha de antigüedad en la empresa Carpintería Metálica Alumán S.L en la de septiembre de 2013, y absolviendo a la referida empresa del abono de la cantidad de 6.251 euros, que en concepto de indemnización por vulneración de derecho fundamental, venía condenada. Ratificando los restantes pronunciamientos absolutorios, contenidos en el fallo de la resolución recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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