



Roj: **STSJ ICAN 2116/2019 - ECLI: ES:TSJICAN:2019:2116**

Id Cendoj: **35016340012019100516**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **29/08/2019**

Nº de Recurso: **531/2019**

Nº de Resolución: **882/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: REY

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín N°6 Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000488/2018-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 2 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario

Rollo: Recursos de Suplicación Nº Rollo: 0000531/2019

NIG: 3501744420180000517

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000882/2019

Recurrente OASIS DUNA DE CORRALEJO SA; Abogado: JUAN ANTONIO MARRERO MARRERO

Recurrido: Marí Trini , FOGASA; Abogado: FERNANDO DAVILA MARTIN

En Las Palmas de Gran Canaria, a 29 de agosto de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA y D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado

#### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

#### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000531/2019, interpuesto por OASIS DUNA DE CORRALEJO SA, frente a **Sentencia** 000354/2018 del Juzgado de lo Social Nº 2 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario los Autos Nº 0000488/2018-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en Autos, se presentó demanda por DOÑA Marí Trini frente a OASIS DUNA DE CORRALEJO SA y FOGASA.



**SEGUNDO.-** En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

" PRIMERO. La trabajadora actora, doña Marí Trini -quien no consta que haya ostentado la condición de representante de los trabajadores ni de delegada sindical, y la cual agotó el preceptivo trámite de conciliación previa a la demanda rectora de las presentes actuaciones ante el S.E.M.A.C. (folio 8 actuaciones)-, ha venido prestando sus servicios laborales profesionales bajo dependencia de la empresa demandada, OASIS DUNA DE CORRALEJOS.A. -ésta, dedicada a la actividad económica de hostelería-, con una antigüedad de uno de junio de dos mil dieciséis y una categoría profesional de ayudante camarera, y devengaba en contraprestación a sus servicios un salario diario por importe de 50,96 € (hecho primero de la demanda, conformidad expresa de ambas partes).

La actora devengó en la nómina de febrero 18' -nómina más reciente aportada- la cantidad de 1.528,93 € brutos con p.p. extras, que se tradujo en un importe neto de 1.268,09 € (doc. 7 actora).

SEGUNDO . La empresa demandada comunicó a la actora -quien había disfrutado vacaciones entre el nueve de abril de dos mil dieciocho y el veintinueve de abril de dos mil dieciocho, ambos inclusive- mediante escrito de fecha de treinta de abril de dos mil dieciocho -notificado el mismo día y con efectos en dicha fecha- que habían '...tomado la decisión de despedirle con efectos del presente, debido a una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal, no cumpliendo los requisitos exigidos para el mismo, siendo esta causa merecedora de despido...' (docs. 10 y 11 actora).

Consta que la empresa demandada realizó el día tres de mayo de dos mil dieciocho dos transferencias bancarias a favor de la actora: una, por importe de 1.287,12 € en concepto de 'nómina abril 18', y otra, por importe de 3.258,99 € en concepto de 'indemnización despido' (doc. demandada).

La actora, en la fecha de efectos del despido, venía prestando sus servicios en virtud de un contrato indefinido a tiempo completo tras transformarse el previo contrato temporal con fecha de efectos de treinta de enero 17' (docs. 1-4 actora).

TERCERO . La pareja sentimental de la actora, don Leonardo -hecho no controvertido, con quien comparte domicilio y residencia -c/. DIRECCION000 , NUM000 , Lajares- cuanto menos desde el diez de mayo de dos mil trece, fecha en la que la actora se empadronó, resultó elegido representante de los trabajadores -junto con otros cuatro compañeros- en la empresa demandada por el colegio de especialistas tras ir en las listas del sindicato CC.OO. en las elecciones celebradas el día veinticinco de octubre de dos mil diecisiete en el centro de trabajo sito en Corralejo (docs. 12, 16 y 21 actora).

Don Leonardo , que seguía dado de alta en la empresa demandada a fecha de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, en su condición de secretario y miembro del comité de empresa, formuló denuncia frente a la empresa demandada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el día tres de enero de dos mil dieciocho mediante la que alegaba que '...después de solicitar por escrito a la empresa que nos proporcione una oficina suficientemente equipada para realizar las funciones propias de un comité, como establecer la ley vigente no hemos recibido ningún tipo de contestación ni se nos proporciona la oficina... También hemos solicitado reunión del Comité de seguridad y salud laboral con fecha 4 de diciembre..y no hemos recibido ningún tipo de contestación por parte de la empresa, incumpliendo todos los tiempos que marca la Legislación vigente...'; consta oficio/informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con fecha de salida de dos de abril de dos mil dieciocho, en respuesta a la denuncia presentada por don Leonardo , en la que se le informaba de los siguientes hechos y medidas adoptadas '...FALTA DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE COMITÉ DE EMPRESA DE LOCAL PARA SUS ACTIVIDADES Seprocede a requerir en visita la puesta a disposición de un "local adecuado" en un plazo de veinte días, emitiéndose además otro requerimiento posterior acerca de la necesidad de que dicho local cuente con el equipamiento adecuado....AUSENCIA DE CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD El Director pone en conocimiento de la actuante que dicho Comité no se ha constituido aún dada la falta de designación por parte de la empresa de los miembros que la representarán en su seno, sin que existan inconvenientes para ello, por lo que se requiere ordinariamente su creación en el plazo de diez días desde la visita...' (docs. 13-15 actora).

Consta que don Leonardo y la empresa demandada alcanzaron una avenencia judicial en fecha de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho en los autos 483/2018 mediante el cual la empresa se comprometía a reintegrar al citado sujeto en su '...turno habitual de trabajo de 18:00 a 2:00 horas en su puesto habitual, con los descansos rotativos. Todo tal y como venía rigiendo su relación laboral hasta la fecha de interposición de la demanda..' (doc. 17 actora)."

**TERCERO.-** En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda formulada por DOÑA Marí Trini contra OASIS DUNA DE CORRALEJO S.A., debo declarar y DECLARO la nulidad del despido de fecha de efectos de treinta de abril de dos mil dieciocho y, en consecuencia, debo condenar y CONDENO a la demandada a readmitir a la actora con



*abono de los salarios dejados de percibir, sin perjuicio de la obligación de la actora de devolver a la demandada la cantidad de 3.258,99 € percibida en concepto de indemnización por despido una vez sea firme la presente resolución; así como debo condenar y CONDENO a la demandada a abonar a la actora una indemnización por importe de SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN EUROS (6.251 €) por la vulneración del derecho fundamental a no sufrir discriminación.*

*De conformidad con los artículos 23.1 y 23.6 de la Ley 36/2011, de diez de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, póngase la presente resolución en conocimiento del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL ( FOGASA ) a los efectos oportunos."*

**CUARTO.-** Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por OASIS DUNA DE CORRALEJO SA, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de la parte demandada, OASIS DUNA DE CORRALEJO, S.A.; interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 354/18, dictada el día 5 DE SEPTIEMBRE DE 2018 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Arrecife en el procedimiento despido 488/18, por la que se estima la demanda interpuesta por DOÑA Marí Trini frente a OASIS DUNA DE CORRALEJO SA y FOGASA, y se declara la nulidad del despido de la actora y se condena a la empresa demandada OASIS DUNA DE CORRALEJO, S.A. a las consecuencias jurídicas inherentes a tal declaración así como a abonar a la actora una indemnización paralela por vulneración de derechos fundamentales ascendente a 6.251 euros.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de la parte actora.

**SEGUNDO.** - En el motivo primero del recurso, sin amparo expreso en ninguna de las posibilidades previstas en el art. 193 de la LRJS, la recurrente refleja su queja en cuanto a la inadmisión de una concreta prueba testifical propuesta por la recurrente (testigo Don Jose Antonio), no obstante tal manifestación de parte no se traduce en petición concreta de nulidad de la sentencia u otras actuaciones, ni tampoco tiene reflejo en el "suplico" del recurso.

Además, no fue admitida la testifical propuesta por la demandada por insuficiencia de la carta de despido de la actora por todo ello, se desestima este primer motivo del Recurso.

**TERCERO.-** En el segundo motivo del recurso, **al amparo del art.193 c) de la LRJS**; se denuncia la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia. Aunque no se hace una expresa referencia a las normas denunciadas, a lo largo del recurso puede deducirse claramente que lo que se cuestiona por **la recurrente** es la aplicación incorrecta en el caso que nos ocupa del art. 96 de la LRJS y la prueba indiciaria en materia de derechos fundamentales, pues entiende que por la actora no fueron probados indicios de discriminación, al menos con la suficiencia exigida jurisprudencialmente para que pueda operar la inversión de la carga probatoria.

**La impugnante** mostró en primer lugar oposición a la admisión del recurso al entender que había transcurrido el plazo para la interposición del recurso. Respecto al fondo del recurso, mostró su oposición reiterando la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida y poniendo de relieve que la empresa reconoció expresamente la improcedencia del despido.

Debemos empezar por analizar, si en el caso que nos ocupa, el recurso se ha planteado dentro del plazo legalmente establecido para ello, o si como se apunta por la impugnante está fuera del mismo, pues en tal caso procedería su inadmisión. Para ello debemos tener en cuenta los datos que obran en las actuaciones, según las cuales:

-La demandada anunció recurso de suplicación en fecha 18 de septiembre de 2018, mediante escrito de fecha 16/09/18.

- Por diligencia de 20 de septiembre de 2018 se tuvo por anunciado recurso.

-La actora impugnó la diligencia interponiendo recurso de reposición en fecha 24/09/18 por falta de consignación de los salarios de tramitación que fue estimado parcialmente por Decreto de 15 de octubre de 2018, reponiéndose la resolución recurrida y concediéndose a la parte un plazo para subsanar de cinco días, para la acreditación de la consignación de los salarios de tramitación devengados por la actora desde la fecha del despido.

-La demandada subsanó dentro de plazo tras la notificación, mediante consignación de los salarios de tramitación, en fecha 23 de octubre de 2018.



-Mediante diligencia de ordenación de fecha **5 de febrero de 2018**, se tiene por subsanado el defecto apreciado y por anunciado en tiempo y forma el recurso de suplicación, por parte de la empresa demandada y se acuerda poner las actuaciones a su disposición para que dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la diligencia, a efectos de la formalización del recurso.

-Finalmente, y dado que la empresa ya había presentado escrito de formalización de recurso de suplicación, en fecha 10/10/18, se dicta **diligencia de ordenación de fecha 19 de febrero de 2018 por la que se tiene por formalizado recurso de suplicación por la demandada. Tal diligencia no fue recurrida por la actora que presentó escrito de impugnación del citado recurso de suplicación.**

En base a lo expuesto debe desestimarse este alegato pues la formalización del presente recurso está dentro del plazo legalmente establecido.

Por lo que respecta al fondo del recurso, y más específicamente en materia de prueba indiciaria en acciones por derechos fundamentales, como es el caso, demos recordar que precisamente la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona trabajadora y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en el art. 96 de la LRJS.

La finalidad **de la prueba indiciaria no** es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental ( *STC 38/1981*, de 23 de noviembre ), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte de la persona trabajadora de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental ( *STC 38/1986*, de 21 de marzo, FJ2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, *SSTC 114/1989*, de 22 de junio, FJ 5, y *85/1995*, de 6 de junio, FJ 4 ). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria ( *STC 114/1989*, de 22 de junio, FJ 4 )-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que la empresa acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador ( *SSTC 38/1981*, de 23 de noviembre, FJ 3, y *136/1996*, de 23 de julio, FJ 6, por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental ( *SSTC 197/1990*, de 29 de noviembre, FJ 4; *136/1996*, de 23 de julio, FJ 4 ).

En definitiva, quien demanda e invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios ( *SSTC 90/1997*, de 6 de mayo, FJ 5, y *29/2002*, de 11 de febrero, FJ 3, por todas).

Cuando se alega la vulneración de un derecho fundamental y se acreditan indicios de dicha situación, se produce lo que se denomina inversión de la carga de la prueba, que tiene como finalidad "[...] la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, **pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial** . [...] Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo", y que hoy está recogida en los artículos 96 y 179.2 LPL ( *SSTC 38/1981*, de 23/Noviembre; *47/1985*; *38/1986*; *114/1989* ;



21/1992; 266/1993; 180/1994; 136/1996; 20/1997, de 6/Mayo; 29/2002; 30/2002; 66/2002, de 21/Marzo, F. 3, 4 y 5). Y es que en los casos de alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba ( SSTC 114/1989, de 22/Junio, F. 4; 21/1992, de 14/Febrero, F. 3; 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2; 90/1997, de 6/Mayo, F. 5, 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 84/2002, de 22/Abril, F. 3, 4 y 5; 114/2002, de 20/Mayo; 5/2003, de 20/Enero, F. 6), aunque teniendo presente que no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio [ STC 266/1993, de 20/Septiembre, 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, F. 5] o "principio de prueba" [por todas, STC 308/2000, de 18/Diciembre, F. 3] ( STC 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 188/2004, de 2/Noviembre, F. 4).

Sobre este último extremo han de traerse a colación las palabras del TC, que ha afirmado que "tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, dicho en otras palabras, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado" ( ATC 89/2000, de 21/Marzo; SSTC 17/2003, de 30/Enero; 151/2004, de 20/Septiembre ).

No obstante, no se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la no discriminación o la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales ( SSTC 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2; 144/1999, de 22/Julio, F. 5; 29/2000, de 31/Enero, F. 3; 308/2000, de 18/Diciembre, F.3; 136/2001, de 18/Junio, F. 3; 214/2001, de 29/10, F. 4; 14/2002, de 28/Enero, F. 3; 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 48/2002, de 25/Febrero F. 5; 84/2002, de 22/Abril, F. 3; 188/2004, de 2/Noviembre, F. 4), **sino que lo que le corresponde demostrar - sin que le baste el intentarlo [ STC 114/1989, de 22/Junio, F. 6]- es que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y que tales causas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios** ( SSTC 55/1983, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 7/1993, 266/1993; 180/1994; 136/1996, de 23/Julio, F. 6; 74/1998, de 31/Marzo; 87/1998, de 9/Julio, F. 3; 144/1999, de 22/Julio, F. 5; 29/2000, de 31/Enero, F. 3; 136/2001, de 18/Junio, F. 3; 14/2002, de 28/Enero, F. 3; 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 84/2002, de 22/Abril, F. 3, 4 y 5; 48/2002, de 25/Febrero, F. 5; 188/2004, de 2/Noviembre, F. 4). En definitiva, "el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales" ( SSTC 293/1993, de 18/Octubre, F. 6; 85/1995, de 06/Junio, F. 4; 82/1997, de 22/Abril, F. 3; 202/1997, de 25/Noviembre, F. 4; 74/1998, de 31/Marzo, F. 2; 214/01 ).

En el caso que nos ocupa, del inalterado relato fáctico de la sentencia recurrida pueden extraerse los siguientes hechos de relevancia:

-La actora, con contrato indefinido y a jornada completa, presta servicios en la empresa desde el **1 de junio de 2016** y no constan sanciones previas .

-En fecha **30 de abril de 2018** es despedida disciplinariamente "por disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal ".El despido fue reconocido improcedente por la empresa en el acto del juicio (HP2º y FJ1º)

-La actora es pareja sentimental de Don Leonardo , con quien comparte residencia al menos desde el 10/5/2013.

-Don Leonardo , resultó elegido representante social en la empresa, en fecha **25 de octubre de 2018**.

- Don Leonardo , en su condición de miembro del comité de empresa, presentó denuncia ante la Inspección de trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) frente a la demandada en fecha **3 de enero de 2018**, en la que se recogía:

*"...después de solicitar por escrito a la empresa que nos proporcione una oficina suficientemente equipada para realizar las funciones propias de un comité, como establecer la ley vigente no hemos recibido ningún tipo de contestación ni se nos proporciona la oficina... También hemos solicitado reunión del Comité de seguridad y salud laboral con fecha 4 de diciembre..y no hemos recibido ningún tipo de contestación por parte de la empresa, incumpliendo todos los tiempos que marca la Legislación vigente..."*



-Consta oficio/informe de la ITSS de **2 de abril de 2018** en respuesta a la anterior denuncia en la que se informa de las medidas adoptadas:

"...**FALTA DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE COMITÉ DE EMPRESA DE LOCAL PARA SUS ACTIVIDADES** Se procede a requerir en visita la puesta a disposición de un "local adecuado" en un plazo de veinte días, emitiéndose además otro requerimiento posterior acerca de la necesidad de que dicho local cuente con el equipamiento adecuado....**AUSENCIA DE CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD** El Director pone en conocimiento de la actuante que dicho Comité no se ha constituido aún dada la falta de designación por parte de la empresa de los miembros que la representarán en su seno, sin que existan inconvenientes para ello, por lo que se requiere ordinariamente su creación en el plazo de diez días desde la visita..."

-Don Leonardo y la empresa alcanzaron avenencia judicial en fecha **31 de mayo de 2018 en los autos 483/2018** mediante el cual, la empresa se comprometía a reintegrarlo en "su turno habitual de trabajo de 18:00 a 2:00 horas en su puesto habitual, con los descansos rotativos.

Los hechos que han resultado probados y a los que hemos referido anteriormente evidencian claramente un escenario indiciario de vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, cuya discriminación viene anudada por asociación a la actividad sindical llevada a cabo por su pareja y representante social, actuando frente a la demandada mediante la utilización de denuncias ante la ITSS así como mediante la interposición de una acción judicial, que a la fecha de efectos del despido de la actora, todavía no se había conciliado, lo que se engarza también con la garantía de indemnidad que por asociación o vinculación se extendió a la trabajadora, por el hecho de ser pareja sentimental del representante social que mostraba un gran activismo sindical en la defensa de los derechos de los trabajadores de la empresa y de sus propios derechos laborales.

Debe recordarse aquí que la figura de la discriminación por vinculación o asociación ya fue utilizada por esta Sala en nuestra sentencia de fecha 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/16 ). El concepto de "**discriminación por asociación o por vinculación**" ha sido acuñado por el Tribunal de Justicia de la UE ( *Asunto Coleman* ), y se trata de una discriminación transferida o refleja padecida por personas vinculadas a la persona perteneciente al colectivo vulnerable, o susceptibles de discriminación, en el presente caso por su actividad sindical y judicial frente a la empresa.

**También la Sentencia del TSJ de Galicia de fecha 13 de abril de 2018 (Rec. 421/2018** , extendiendo el acoso sexual padecido por trabajadora a su pareja (hombre), que sufrió también discriminación por el mero hecho de ser el esposo de la citada trabajadora, que extinguió su relación laboral precisamente por incumplimientos graves de la empresa (acoso sexual). En esta sentencia se dice: "*Y es que si a la esposa del recurrente -en cuanto el acoso sexual es una discriminación por razón de sexo y en cuanto no se adoptaron por los mandos inmediatos competentes las medidas oportunas de prevención del acoso sexual- se la ha discriminado por razón de su sexo, la situación laboral del trabajador recurrente -si efectivamente concurren las exigencias establecidas para apreciar la existencia de un acoso discriminatorio- sería igualmente catalogable como un acoso discriminatorio per relationem, o por asociación, pues es acoso "la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona (la esposa del recurrente) con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona (el recurrente) y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo" - artículo 2.1.c) de la Directiva 2006/54 , debiéndose subrayar, por lo que de interés tiene en el caso de autos, que la norma comunitaria alude a "la dignidad de la persona", no a "su dignidad" en referencia a quien sufre el acoso como hace el artículo 7.2 de la LOIEMH, dejando así claro que cabe el acoso sexista por asociación que se ajusta además a la doctrina de la STJUE de 17 de febrero [sic] de 2008 (TJCE 2008, 176) , Caso Coleman, C-303/06 - (...)"*

También esta Sala aplicó la Doctrina Coleman, en nuestra Sentencia de 2 de mayo de 2017 (Rec. 127/2016 ), en materia de prestaciones familiares.

En el caso que nos ocupa, de igual modo que sucedía en los casos referidos, se ha producido una traslación represaliadora a la pareja sentimental de quien era realmente una persona molesta para la empresa (Sr. Leonardo ). Lo anterior queda claro a todas luces por los siguientes hechos:

- **La cercanía temporal entre el despido de la actora y la actividad sindical y judicial** frente a la empresa, por parte de su pareja.

- **La ausencia de sanciones previas a la trabajadora**, máxime cuando la causa imputada para despedirla es una disminución "continuada y voluntaria" de su trabajo.

-**Y el propio reconocimiento expreso de improcedencia realizado por la empresa** en el acto del juicio

Todo ello es, a criterio de esta Sala un contexto indiciario de discriminación de la actora, que pudo desvirtuarse por parte de la empresa de haber llevado a cabo una actividad probatoria para razonar mínimamente la existencia de causas para proceder al despido disciplinario de la actora. Pero al no hacerlo y reconocer,



además, que el despido era improcedente, vino a reforzar más los indicios de discriminación, que por tanto deben conllevar irremediabilmente la nulidad del despido producido a la actora, ante la inactividad probatoria de la empresa y en correcta aplicación del art. 96 de la LRJS.

Por lo expuesto, procede desestimar totalmente el recurso planteado.

**CUARTO.-** En base a lo previsto en el art. 235 de la LRJS, procede la imposición de costas a la recurrente, que se fijan en 900 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por OASIS DUNA DE CORRALEJO SA frente a la sentencia nº 354/18 dictada por el juzgado de lo Social nº 2 de Arrecife en los autos nº 488/18, que confirmamos en su integridad, condenando a la recurrente a las costas, que se cuantifican en 900 euros.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 2 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

## ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación para Unificación de doctrina**, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/0531/19 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.