



Roj: **STSJ NA 327/2021 - ECLI:ES:TSJNA:2021:327**

Id Cendoj: **31201340012021100165**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2021**

Nº de Recurso: **147/2021**

Nº de Resolución: **160/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ARNEDO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup>. CARMEN ARNEDO DIEZ**

**PRESIDENTA**

**ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO**

**ILMO. SR. D. GUILLERMO LEANDRO BARRIOS BAUDOR**

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a VEINTISIETE DE MAYO de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A Nº 160/2021**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DON RAUL GONZÁLEZ GÓMEZ-CARABALLO, en nombre y representación de **PSN** ASESORAMIENTO Y GESTION DEL RIESGO, S.A.U., frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona/Iruña sobre DERECHO y CANTIDAD, ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA CARMEN ARNEDO DÍEZ, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Ante el Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona/Iruña de los de Navarra, se presentó demanda por DOÑA Elisa, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia en la que estimando íntegramente la demanda, se declare:

- El derecho de la actora de recibir la cesta de Navidad del año 2019.
- Indemnización de daños y perjuicios por lesión de derechos fundamentales; garantía de indemnidad, igualdad de hombre y mujeres y no discriminación por razón de sexo, condenando a la empresa demandada a abonar a la actora una indemnización de 25.000 euros por los daños causados.

**SEGUNDO:** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el/la Letrado de la Administración de Justicia. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

**TERCERO:** Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por DOÑA Elisa frente a la empresa **PSN** ASESORAMIENTO Y GESTIÓN DEL RIESGO SA, debe condenarse a la empresa a entregar una cesta como la que se entregó al resto de compañeros en navidades de 2019, o en su caso, su equivalente económico, y, se le condena asimismo al pago indemnizar a la demandante en concepto de daños y perjuicios en la cantidad de 6.000 euros, por vulneración de derechos fundamentales.



Firme que sea esta sentencia, dedúzcase testimonio de autos al Juzgado de Guardia, por si los hechos fueran constitutivos de un ilícito penal, falso testimonio de DON Carlos Jesús ".

**CUARTO:** En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- La demandante DOÑA Elisa , con NIF NUM000 , ha venido prestando sus servicios para **PSN** ASESORAMIENTO Y GESTIÓN DEL RIESGO SA, con una antigüedad del 4 de marzo de 2013, con la categoría profesional de asesor comercial, y percibiendo la retribución bruta anual de 33.218,10 €.- A la empresa demandada le es de aplicación el convenio colectivo de empresa publicado en el BOE número 10 de 11 enero 2001 y su actividad se desarrolla en la mediación de seguros.- SEGUNDO.- Con fecha 4 de mayo de 2018 se dicta sentencia por el Juzgado de lo social número 1 de Pamplona en procedimiento sobre despido con demanda de tutela de derechos interpuesta por la demandante contra la empresa demandada, cuyo fallo es del tenor literal: "debo declarar y declaro nulo el despido disciplinario efectuado por la empresa con efectos de 18 octubre 2017 y en su virtud debo condenar y condeno las partes a estar y pasar por anterior declaración y a **PSN** ASESORAMIENTO Y GESTIÓN DEL RIESGO a readmitir a la parte actora en iguales circunstancias a las que regían con anterioridad al despido... Abono de salarios de tramitación... e indemnización de daños y perjuicios...".- En el fundamento quinto de dicha resolución la juzgadora de instancia "considera vulnerado el derecho a la integridad física y moral de la demandante ( artículo 15 C.E.) por la situación de acoso moral en el trabajo".- Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Navarra en sentencia número 258 de fecha 13 de septiembre de 2018.- TERCERO.- La demandante disfrutó de permiso de maternidad y excedencia por cuidado de hija del 20 de agosto de 2019 hasta el 11 junio 2020.- Con fecha de 20 junio 2020, la demandante solicita la inclusión en el ERE de la empresa, viéndose extinguido su contrato de trabajo en 7 agosto 2020.- CUARTO.- En las Navidades de 2019, la empresa hace entrega de una cesta de Navidad, como viene siendo habitual en los años anteriores, a todos los empleados de la oficina donde presta servicios la demandante, a excepción de a ella y su compañera Gema , quien también había iniciado procedimiento judicial por similares causas frente a la empresa demandada.- QUINTO.- Las cestas de Navidad se entregan a los trabajadores en diciembre, con carácter anual, con independencia de consecución de objetivos o estar en activo en la empresa.- La demandante reclama la citada cesta de Navidad de 2019 en varias ocasiones a sus superiores y al departamento de recursos humanos, sin éxito.- SEXTO.- El testigo, director de la oficina de Navarra, don Carlos Jesús , a la que pertenecía la demandante, presta juramento de decir verdad y se apercibe en legal forma conforme al artículo 365 de la LEC, de su obligación de decir verdad y las consecuencias legales de no hacerlo.- Durante la declaración como testigo, tanto preguntas del Ministerio Fiscal como de la representante legal de la demandante, esquivaba preguntas, dice no recordar nada para después dar versión sobre los hechos que contradicen otro testigo y la documental aportada a la causa.- En concreto, se reafirma que la cesta de navidad es un premio que se da por parte de la empresa en función de estar activo en la misma y consecución de objetivos. Asimismo, no reconoce una hoja Excel aportada al ramal de prueba, firmada por él en la que constan trabajadores de Navarra, porcentaje de objetivos, algunos con positivo y otros en cero, no explicando, a preguntas de la MF de si trabajadores con cero por ciento de consecución objetivos habían recibido la cesta.- Sin embargo y, con posterioridad, practicada prueba audio, con transcripción, en conversación mantenida con la demandante sobre la cesta de Navidad el 23 de diciembre de 2019, cuya transcripción se acompaña al folio 72, practicada en la vista oral, el señor Carlos Jesús le dice: "aquí la orden, según me dijo Augusto en principio era aquellos que hayan tenido litigios con **PSN**, como es algo que ratificamos todos los años porque queremos el Consejo de administración, no la van a tener". ( Augusto es don Cornelio , director territorial norte de la empresa). Reconoce expresamente su voz y contenido".

**QUINTO:** Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la mercantil demandada, se formalizó mediante escrito en el que se consignan cuatro motivos: el primero, al amparo del artículo 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para reponer los autos al momento de celebración del acto del juicio, por vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, por haberse infringido los artículos 85.1 y 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; artículo 424.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 24 de la Constitución Española, lo que ha causado indefensión; el segundo, amparado en el artículo 193.b) de dicho Cuerpo legal, para revisar los hechos declarados probados; el tercero y cuarto, amparados en el artículo 193.c) del mismo Texto legal, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción de lo establecido en los artículos 20 a 24 del Convenio Colectivo de la Empresa **Previsión Sanitaria Nacional, PSN**, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, en relación con el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 183 de la LRJS.

**SEXTO:** Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la representación letrada de la demandante.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO:** La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda deducida por Doña Elisa y condenó a la empresa **PSN** Asesoramiento y Gestión del Riesgo, S.A.U. a entregar a la actora la cesta de navidad de 2019 o, en su caso, su equivalente económico, y al pago de una indemnización por daños y perjuicios de 6000 euros por vulneración de derechos fundamentales.

Frente a este pronunciamiento se alza en Suplicación la representación letrada de la empresa mediante la formulación de cuatro motivos.

En primer término, por el cauce del apartado a) del artículo 193 de la L.R.J.S., solicita la reposición de las actuaciones al momento de la celebración del acto del juicio por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, por infracción de los arts. 85.1 y 97.2 de la Ley Adjetiva Laboral, art. 424.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 24 de la Constitución Española.

Sostiene que se habría producido una indeterminación de la demanda causante de indefensión en cuanto el suplico resulta de imposible cumplimiento por falta de concreción, claridad e indeterminación de la cuantía; que se habría producido una incongruencia "extra petita" pues el Juzgador concedió algo que no se había solicitado, y; una variación sustancial de la demanda cuando en la papeleta de conciliación solicitó una indemnización por daños y perjuicios de 6000 euros y en la demanda la indemnización se elevó a 25.000 euros.

Sentado lo anterior, se ha de significar que para la resolución del presente litigio, una vez ordenadas debidamente las cuestiones planteadas por las partes, han de hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Alegada por la parte recurrente la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, se hace preciso su examen con carácter previo, analizando cuál es el objeto del proceso y cuáles los efectos de la sentencia estimatoria recaída en el mismo. Y, así, el objeto del proceso versa sobre la reclamación de la cesta de navidad del año 2019 y una indemnización de daños y perjuicios, derivada de la vulneración de la garantía de indemnidad, que inicialmente se cuantificó en 6.000 euros y posteriormente se incrementó hasta los 25.000 €.

La sentencia da respuesta a dichas pretensiones acumuladas, sin incurrir en incongruencia alguna, aceptando que el incremento de la indemnización desde la papeleta de conciliación a la demanda constituye una variación sustancial, y estimando en tal sentido la demanda, sin que consideramos que la misma fuera indeterminada por cuanto a la parte demandante le resultaba imposible o muy difícil su cuantificación económica, convirtiéndose la pretensión y también la condena en una obligación de hacer. Y es que en nuestro Derecho rige como regla general - art. 1096 del Código Civil- la de la ejecución "in natura" para los supuestos de incumplimiento de la obligación, y sólo cuando dicha ejecución resultase imposible procede pedir - art. 1101 del Código Civil- la indemnización como sustitutiva de la prestación que no puede realizarse ( SS. del Tribunal Supremo de 9-11-1968 y 24-4-1973, entre otras), en el bien entendido de que la norma de este artículo (que establece que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones, incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas") comprende cualquier medio o forma de incumplimiento ( Sª T.S. de 4-10-1985), incluyéndose en ella el cumplimiento tardío que supone la mora, que no es propiamente incumplimiento ( Sª T.S. de 28-9- 2000).

En el supuesto ahora enjuiciado, a pesar de las alegaciones de la empresa recurrente, es lo cierto que no cabe apreciar el defecto legal en la demanda que se aduce, por cuanto el objeto litigioso quedó perfectamente determinado.

Por todo lo cual, con arreglo a lo expuesto, no resulta posible acoger la excepción aducida, sin que quepa hablar de indefensión, al contener la demanda los datos y elementos suficientes para permitir la adecuada defensa de la demandada, que ha podido indudablemente ejercitar su derecho alegando las excepciones y las causas de oposición que estimó convenientes utilizando los medios de defensa que consideró oportunos, sin restricción alguna derivada del modo en que se propone la demanda.

**SEGUNDO:** Dos son las revisiones fácticas interesadas (apartado b) del art. 193 de la L.R.J.S.).

La del hecho probado cuarto para que en el mismo se refleje que en las navidades de 2019 la empresa hace entrega de una cesta de Navidad, como viene siendo habitual en los años anteriores, a todos los empleados de la oficina donde presta servicios la demandante, a excepción de cuatro empleados en el centro territorial de Navarra y 90 en el resto de las empresas del grupo.

Del ordinal quinto al objeto de que quede redactado de la siguiente forma: << Las cestas de Navidad se entregan a los trabajadores en diciembre, con carácter anual, condicionado a la prestación de servicios efectivos en el momento de la entrega, así como al reconocimiento del esfuerzo puntual de ese año >>.

Pretensiones que no cabe acoger en cuanto la documental en que se sustenta ya fue valorada por la Juzgadora de instancia, en uso de la facultad que le confiere el art.97 de la L.R.J.S., no fue ratificada en el acto del juicio



ni admitida por la parte actora y, además, se contradice con las afirmaciones que contiene el hecho probado sexto, donde la Magistrada declara que la parte demandada reconoció una hoja Excel en la que se relacionaban los trabajadores de Navarra, el porcentaje de objetivos, algunos positivos y otros cero, sin conseguir justificar porque estos últimos también habían recibido la cesta litigiosa.

**TERCERO:** En el tercer motivo de suplicación, al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del art. 193 de la L.R.J.S., denuncia infracción de los arts. 20 a 24 del Convenio Colectivo de la empresa **Previsión Sanitaria Nacional**, en relación con el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores.

La parte recurrente sostiene que la cesta de Navidad no constituye una retribución en especie, sino un obsequio condicionado a la prestación de servicios efectivos en el momento de la entrega, así como al reconocimiento del esfuerzo puntual de ese año, y que como la demandante no estaba en activo en el momento de la entrega, al tener su contrato suspendido por lactancia y tampoco había cumplido los objetivos, no tenía derecho a su percibo. Añadiendo que la actuación de la empresa no está vinculada con las acciones legales emprendidas por la trabajadora frente a la empresa.

Procede examinar, en primer lugar, si nos encontramos ante una condición más beneficiosa.

A este respecto hay que poner de relieve los numerosos pronunciamientos de la Sala IV del Tribunal Supremo sobre dicha cuestión.

La sentencia de 4 de febrero de 2021, con cita de la sentencia de 25 de noviembre de 2020, casación 38/2019, examina los requisitos exigidos para apreciar la existencia de condición más beneficiosa en los siguientes términos:

"Como recuerda la STS 21/12/2017, rec. 119/2016, lo decisivo para apreciar la concurrencia de una CMB "es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que para su acreditación no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute ya que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador ( SSTS de 7 de julio de 2010 rec. 196/09 y de 22 de septiembre de 2011, rec. 204/10)"; de manera que no sería suficiente "la repetición o la mera persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión, sino que es necesario que dicha actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o el convenio ( SSTS 3 de noviembre de 1992), Rec. 2275/91; de 7 de junio de 1993, Rec. 2120/92; de 8 de julio de 1996, Rec. 2831/95 y de 24 de septiembre de 2004, Rec. 119/03, entre otras)".

De lo que se desprende, que lo verdaderamente relevante para sostener la existencia de una CMB, es que "se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión ( sentencia de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" ( sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo"( sentencia de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996).

En el mismo sentido, la STS 9/4/2019, rcud. 2661/2016, señala que "hemos venido diciendo que: a) La condición más beneficiosa requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por "un acto de voluntad constitutivo" de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo; b) Lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute, por lo que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador; y c) Reconocida una CMB, la misma se incorpora al nexo contractual e impide poder extraerla del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito - art. 3.1.c) ET-, y por lo tanto mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, siendo de aplicación las **previsiones** del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y del art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral (así, entre tantas, SSTS de 4 de marzo de 2013 -rec. 4/12-; de 16 de septiembre de 2015 -rec. 330/14-; de 21 de abril de 2016 -rcud 2626/14-; de 12 de julio de 2016 -rec. 109/15- y de 19 de julio de 2016 -rec. 251/15-)."





Por su parte la sentencia de 2 de octubre de 2019, casación 153/2018, examina el elemento atinente a la cuantía y contenido de la ventaja o beneficio y su incidencia en la consideración del mismo como mera liberalidad, estableciendo lo siguiente:

"La variación en la cuantía asignada en cada anualidad a la referida cesta, tal y como hemos dicho en STS 12.07.2018, tampoco constituye elemento suficiente para que bascule la consideración hacia una mera liberalidad empresarial: "Es cierto que el año 2015 el importe de la cesta desciende drásticamente a la suma de 4 euros, pero esto solo constituye el antecedente de lo que finalmente sucede en 2016 cuando la empresa adopta la decisión de suprimir la cesta de Navidad, y en sí mismo no desmiente la existencia de una condición más beneficiosa".

Tendremos igualmente presente las consideraciones sobre la naturaleza que efectuaba la TS 8/06/2015, RC 45/2014: "conviene precisar que las condiciones más beneficiosas pueden tener un contenido salarial o de mejora social, porque en esencia tienen su origen en la decisión de la empresa de conceder a sus empleados "una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales" ( SS.TS. 19-12-2012 (Rcud. 209/2011), 14-5- 2013 ( RO 96/2012) y 25-6-2014 (Rcud. 1885/2013) entre otras en las que se admite la posibilidad de una condición más beneficiosa consistente en el reconocimiento de un beneficio social). Pues bien, el hecho de que el beneficio cuestionado, "lote de navidad", se reparta no sólo al personal en activo, sino, también, al personal jubilado y a los pensionistas de viudedad que traen causa de antiguos empleados, es revelador de que estamos ante una mejora social, no establecida en el Convenio Colectivo, que constituye una condición más beneficiosa...".

En el asunto sometido a la consideración de la Sala concluimos que estamos en presencia de una condición más beneficiosa. En efecto, en el hecho probado cuarto la Juzgadora declara probado que entrega de una cesta de navidad "viene siendo habitual en los años anteriores" y en el quinto que la misma se entrega a los trabajadores en diciembre, con carácter anual e independientemente de los objetivos o de estar en activo o no.

De ello se infiere que dicha entrega se ha hecho voluntariamente por la empresa con clara voluntad de incorporarla al nexo contractual, no tratándose de una mera liberalidad o tolerancia.

Sentada la existencia de una condición más beneficiosa se plantea si la decisión empresarial de no entregarla a la actora en diciembre de 2019, además de faltarse a las formas y a la justificación, afectó a la garantía de indemnidad de la actora, que previamente había impugnado su despido disciplinario producido el 18 de octubre de 2017 dictándose sentencia en la que se declaró nulo el despido y se condenó a la empresa a readmitirle, entendiéndose que se había vulnerado el derecho a la integridad física y moral por la situación de acoso moral en el trabajo. Sentencia confirmada por la de esta Sala de 13 de septiembre de 2018.

Siendo éste un concepto complejo que tiene ramificaciones procesales, procede acudir a la jurisprudencia. Y así. la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 24.02.2016, rcud. 1097/2014. En ella se afirma que: "*Centrada la cuestión en debatir sobre la "garantía de indemnidad", ello impone recordar antes de nada 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 14/1993, de 18/Enero ...; .. 125/2008, de 20/Octubre ; y 92/2009, de 20/Abril ... SSTS 17/06/08 -rcud 2862/07- ; y 24/10/08 -rcud 2463/07- ).

*De ello "se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental" [tutela judicial], ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [ art. 4.2 apartado g ET (recientes, SSTC 76/2010, de 19/Octubre ...; 6/2011, de 14/Febrero ...; y 10/2011, de 28/Febrero) . (...).*

*Tratándose de tutelar derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el art. 179.2 LRJS [ "una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación ..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas" ]. Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que "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", hoy recogida en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS ( SSTC 38/1981, de 23/*



Noviembre ; ... 38/2006, de 8/Mayo ...; y 342/2006, de 11/Diciembre ... .Y - a título de ejemplo- SSTS 20/01/09 -rcud. 1927/07; 29/05/09 -rcud 152/08 ; y 13/11/12 -rcud 3781/11 ).

*Pero para que opere el desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que "debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido", que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una "prueba verosímil" 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, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (aparte de muchas otras anteriores, SSTC 92/2008, de 21/Julio; 125/2008, de 20/Octubre ; y 2/2009, de 12/Enero ... y SSTS 14/04/11 -rco 164/10; 25/06/12 -rcud 2370/11 ; y 13/11/12 -rcud 3781/11 ). Y presente la prueba indiciaria, "el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún 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" (tras muchas anteriores, SSTC 183/2007, de 10/Septiembre .; 257/2007, de 17/Diciembre ...; y 74/2008, de 23/Junio ); "en lo que constituye ... una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria" (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 326/2005, de 12/Diciembre , ...; 125/2008, de 20/Octubre ; y 92/2009, de 20/Abril ...)".*

A la vista de la anterior doctrina, ya ha señalado la sentencia de instancia lo injustificado de la medida, y también la vulneración de la garantía de indemnidad en cuanto que la empresa no ha logrado desvirtuar los indicios aportados por la empresa, consistentes en la existencia de una demanda previa que fue estimada, así como que todos los trabajadores de la oficina donde prestaba servicios la actora recibieron en diciembre de 2019 la cesta de navidad, a excepción de la actora y otra compañera, resultando que ambas habían iniciado procedimiento judicial por similares causas frente a la empresa demandada, sin que ésta última ni siquiera haya logrado acreditar que su percibo dependiera de la situación en activo o de la consecución de los objetivos marcados por la empleadora.

Por tanto entendemos que claramente se aprecia la afectación a la garantía de indemnidad de la trabajadora demandante, por lo que procede desestimar el motivo.

**CUARTO:** En el último motivo de suplicación la empresa recurrente denuncia infracción del art. 183 de la L.R.J.S. en lo atinente a la indemnización por daños morales, considerando que la trabajadora no concretó en demanda los daños morales sufridos y, por tanto, que no habiéndose acreditado nada al respecto, ni siquiera indicios, pautas o puntos de apoyo suficientes en los que poder asentar la condena al abono de 6000 euros, procede su rechazo.

Habiéndose declarado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) se examina a continuación si procede la fijación de una indemnización por daños morales.

La sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2017, con cita de la de 12 de julio de 2016, recurso 361/2014, ha establecido lo siguiente: "OCTAVO.- 1.- En cuanto a la indemnización por daño moral, inherente y unido a la vulneración del derecho fundamental ( arts. 179.3, 182.1.d, 183.1 y 2 LRJS), como ha interpretado nuestra más reciente jurisprudencia (entre otras, SSTS/IV 17-diciembre-2013 (RJ 2013, 8473) - rco 109/2012, 8-julio-2014 (RJ 2014, 4521) -rco 282/2013, 2-febrero-2015 (RJ 2015, 762) -rco 279/2013, 26-abril-2016 -rco 113/2015) y sintetiza la primera de las sentencias citadas:

<< El art. 15 LOLS ... establece, en términos imperativos, que "Si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará ... la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas" y la LRJS, en desarrollo y concreción de tal norma, tratándose especialmente de daños morales, de difícil determinación y prueba por su propia naturaleza, y acorde con la jurisprudencia constitucional, ha flexibilizado la interpretación que de tales extremos se venía efectuando por un sector de la jurisprudencia ordinaria>> y que <<En este sentido, en la LRJS se preceptúa que:

a) "La demanda ... deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador" ( art. 179.3 LRJS), de donde es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños



morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización;

b) "La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: ... d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183" ( art. 182.1.d LRJS), de tal precepto, redactado en forma sustancialmente concordante con el relativo al contenido de la sentencia constitucional que otorgue el amparo ( art. 55.1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional - LOTC), se deduce que la sentencia, como establece el citado art. 15 LOLS, debe disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo expresamente la indemnización, con lo que la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la "integridad" del derecho o libertad vulnerados;

c) "Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados" ( art. 183.1 LRJS), se reiteran los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental;

d) "El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, 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 "( art. 183.2 LRJS), deduciéndose que respecto al daño, sobre cuyo importe debe pronunciarse necesariamente el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. ex art. 179.3 LRJS), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño", es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención; y

e) Finalmente, la importancia de la integridad en la reparación de las víctimas de los vulnerados derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la indemnización procedente, se refleja en la esencial función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso social declarativo y de ejecución, al disponerse que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas ..." ( art. 177.3 LRJS) y que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas" ( art. 240.4 LRJS) >>.

Procederá, por tanto, la fijación de una indemnización por daño moral, para restablecer a la demandante en la integridad de su vulnerado derecho, si concurren los requisitos establecidos en el artículo 179.2 de la LRJS.

A este respecto hay que señalar que los demandantes reclaman una determinada cuantía en concepto de daño moral, por lo que , tal y como establece el artículo 183.2 de la LRJS, "El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, 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", de donde resulta que se atribuye al Tribunal, tratándose especialmente de daños morales - cuando resulte difícil su estimación detallada, artículo 179.3 LRJS-, la facultad de determinarlo prudencialmente, debiendo ser suficiente el importe indemnizatorio que se fije judicialmente, no solo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño".

Respecto a la fijación del "quantum indemnizatorio". Es doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo que, en principio, la cuantificación de los daños es algo que corresponde al juzgador de instancia y que solamente debe ser revisada si es manifiestamente irrazonable o arbitraria. Así, la STS de 25/1/2010 (Rec. Casación 40/2009) afirma: "conforme a nuestra doctrina ( STS de 16 de marzo de 1998 (Recurso 1884/9) y 12 de diciembre de 2005 (Recurso 59/05) el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias del caso, fijará el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable".



En el asunto ahora examinado el Juzgado de instancia ha procedido a fijar una indemnización de daños y perjuicios, en concepto de daño moral, de 6000 €, cantidad que no resulta manifiestamente irrazonable o arbitraria, habida cuenta que la entrega de la cesta de navidad constituye una condición más beneficiosa que se hace anualmente a todos los empleados, independientemente de la consecución de objetivos o estar en activo, de que la misma fue reclamada en varias ocasiones a sus superiores y al departamento de recursos humanos y, fundamentalmente, porque ha resultado acreditado que el Sr. Carlos Jesús en conversación mantenida con el Sr. Cornelio, director territorial norte de la empresa, manifestó que no se entregaba a los trabajadores que, como sucedía con la demandante, habían tenido algún litigio con la empresa.

Cumplíndose, por tanto, lo preceptuado en el artículo 179.3 de la LRJS, sin que el recurrente haya argumentado, siquiera sea mínimamente, las razones por las que considera inadecuada la indemnización fijada, procede la desestimación de este motivo de recurso.

**QUINTO:** Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, con imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

Vistos los arts. citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de Suplicación formulado por la representación Letrada de **PSN** ASESORAMIENTO Y GESTIÓN DEL RIESGO, S.A.U., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº Tres de los de Navarra, en el Procedimiento Nº 230/20, seguido a instancia de DOÑA Elisa, sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, contra la recurrente, siendo parte el Ministerio Fiscal, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Con condena en costas de la recurrente, incluidos los honorarios de la Letrada de la actora, que fijamos en 500 euros; y con pérdida de las consignaciones y del depósito que constituyó para recurrir a los que se les dará el destino que legal o reglamentariamente corresponda una vez sea firme la sentencia.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen, debiendo la parte condenada si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita, constituir un depósito de 600 €. en la cuenta de Procedimiento que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia tiene abierta en el Banco Santander, (con el nº 31 66 0000 66 0147 21, (si se realiza a través de Internet el nº de c/c ES550049 3569 92 0005001274 y en el campo observaciones o concepto de la transferencia se consignará el número de cuenta de procedimiento mencionado) debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el recurso.

Firme que sea esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.