



Roj: **STSJ CAT 5314/2023 - ECLI:ES:TSCAT:2023:5314**

Id Cendoj: **08019340012023103240**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **03/05/2023**

Nº de Recurso: **7579/2022**

Nº de Resolución: **2763/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA MACARENA MARTINEZ MIRANDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2021 - 8044687

MJ

Recurso de Suplicación: 7579/2022

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 3 de mayo de 2023

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. **2763/2023**

En el recurso de suplicación interpuesto por DIRECCION000) frente a la Sentencia del Juzgado Social 9 Barcelona de fecha 2 de junio de 2022 dictada en el procedimiento Demandas nº 828/2021 y siendo recurrido/ a Antonia , FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) y MINISTERI FISCAL, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. Macarena Martinez Miranda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 2 de junio de 2022 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo la demanda formulada por Antonia contra DIRECCION000), FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), MINISTERI FISCAL y en consecuencia declaro la nulidad del despido efectuado con efectos del día 27 de septiembre de 2021, condenando a la empresa demandada a la readmisión de la parte demandante en su puesto y condiciones de trabajo y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectividad del despido hasta que la readmisión efectiva tenga lugar a razón de 81,61 euros diarios (con deducción de lo percibido durante la prestación por cuidado de hijo) y a una indemnización de 6000 euros .



Se absuelve al codemandado FONDO DE GARANTIA SALARIAL sin perjuicio de las responsabilidades que en su día pudieran corresponderle."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1º.- La parte actora ha venido prestando sus servicios como enfermera por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada mediante la suscripción en fecha de 17 de mayo de 2019 de un contrato denominado de obra y servicio para " reforzar box " recogiendo en la cláusula tercera " de 17 de mayo de 2019 a aprox 31 de diciembre de 2019 ". La parte demandante prestaba servicios en el centro de trabajo de DIRECCION001 sito en CALLE000 NUM000 - NUM001 de DIRECCION002, correspondiéndole un salario bruto con inclusión de prorrata de pagas extras de 2833,08 euros mensuales.

(Documental de la parte demandante y de la parte demandada).

2º.- La parte demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año la representación legal ni sindical de los trabajadores.

3º.- En fecha de 27 de septiembre de 2021 se notificó la extinción del contrato de trabajo con efectos de la misma fecha, por fin de contrato. La parte demandante se encontraba en las agendas de todo el 2021. En el box de emergencias 10 constaba el nombre de la parte demandante como enfermera.

El Comité de Empresa pidió explicación por el cese y la empresa respondió que le dieron los motivos, le dejaron escoger quince días y que no tenía perfil primarista, de atención primaria. (Documental de la parte demandante y testifical de un miembro del comité de empresa).

4º.- La parte demandante solicitó en fecha de 21 de septiembre de 2021 un día de asuntos propios Su cónyuge estaba embarazada de ocho meses en esa fecha. En la solicitud del permiso solo consta petición de día libre pero los compañeros de la empresa sabían que estaba esperando un bebé, que su cónyuge estaba embarazada y que iba a hacer una prueba prenatal. El 29 de septiembre de 2021 la parte actora acompañó a su cónyuge al médico. La parte actora tenía un hijo nacido en 2018 y el NUM002 de 2021 fue madre de nuevo. (Testifical Sr. Modesto, Pura y documental de la parte demandante)

5º.- La parte demandada tiene numeroso personal con medidas de conciliación por guarda legal, reducción de jornada, excedencias. La empresa nunca niega los permisos de conciliación. (Documental y testifical del Comité de empresa)

6º.- En el box de urgencias prestan servicios diariamente dos enfermeras y tras el fin de contrato continuó con dos enfermeras. En los cuadrantes siguen apareciendo dos enfermeras. En el whatsapp del grupo de enfermeras del centro de 27 de septiembre de 2021 la administrativa encargada de la agenda comunica la denominada rueda de los viernes donde si incluye a la actora hasta el 4 de febrero de 2022.

7º.- Consta agotada la vía conciliar previa sin avenencia."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada (DIRECCION000), que formalizó dentro de plazo, y que la parte actora doña Antonia, a la que se dio traslado, impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte demandada se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que, estimando la demanda en materia de despido, declaró la nulidad del acordado con fecha de efectos de 27 de septiembre de 2021, condenando a aquélla a la readmisión de la trabajadora en su puesto y condiciones de trabajo y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectividad del despido hasta que la readmisión efectiva tenga lugar, a razón de ochenta y un euros con sesenta y un céntimos (81,61 euros) diarios (con deducción de lo percibido durante la prestación por cuidado de hijo) y a una indemnización de seis mil euros (6.000 euros); absolviendo al Fondo de Garantía Salarial sin perjuicio de las responsabilidades que en su día pudieran corresponderle. El recurso ha sido impugnado por la parte actora, que interesó su desestimación, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

Constituye el objeto del recurso interpuesto la calificación del despido, instándose que sea la de procedencia y subsidiaria improcedencia, con las consecuencias inherentes a tal declaración.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, como primer motivo, la parte actora recurrente insta la revisión del relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

A) Comenzando por el ordinal tercero, se propone la siguiente redacción alternativa:



"En fecha de 27 de diciembre de 2021 se notificó la extinción del contrato de trabajo con efectos de la misma fecha, por fin de contrato. La parte demandante según consta en WhatsApp enviado por una auxiliar se encontraba en las agendas de todo el 2021. En el box de emergencias 10 constaba en nombre de la persona demandante como enfermera, igual que constan los nombres del resto de profesionales en las otras puertas. El comité de empresa pidió explicaciones por el cese y la empresa respondió que le dieron los motivos, le dejaron escoger quince días y que no tenía perfil primaria, de atención primaria".

Como fundamento de esta pretensión revisora, se invocan los documentos 4 y 10 del ramo de prueba de la actora. Ahora bien, de los mismos no se colige error alguno que deba ser enmendado en esta sede por cuanto, en relación a la referencia a que la conclusión fáctica atinente a que la actora se encontraba en las agendas de todo el 2021 derivaría de un mensaje de WhatsApp, tiene por objeto el medio de prueba a través de la cual la juzgadora a quo alcanzó su convicción, lo que en modo alguno desvirtúa aquélla. Y otro tanto ha de concluirse sobre la adición pretendida atinente a que en los boxes de emergencia constaba el nombre del resto de profesionales por cuanto no evidencia que el original redactado haya incurrido en error alguno. Ello determina el fracaso de la primera de las revisiones interesadas.

B) Por lo que respecta al ordinal fáctico cuarto, se postula que su redactado quede como sigue:

"La parte demandante solicitó en fecha 21 de septiembre de 2021 un día de asuntos propios. En la solicitud del permiso sólo consta petición de día libre pero los dos testigos manifestaron que sabían que estaba esperando un bebé, que su cónyuge estaba embarazada y que iba a hacer una prueba prenatal. El 29 de septiembre de 2021 la parte actora acompañó a su cónyuge al médico. La parte actora tenía un hijo nacido en 2018 y el NUM002 fue madre de nuevo".

Invocándose los documentos 13, 14 y 16 del ramo de prueba de la recurrente, y 8 del ramo de prueba de la actora, nuevamente nos encontramos ante una adición que resulta atinente a los medios de prueba de que la juzgadora de instancia habría obtenido su convicción, cual es la declaración de dos testigos; sin que de aquélla se desvirtúe la referida ponderación que, por estar dotada de objetividad e imparcialidad, ha de prevalecer sobre la interesada de parte. Al respecto, procede estar a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo conforme a la cual el proceso laboral está concebido como de instancia única, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al juzgador o jugadora de instancia, por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica (STS/4ª de 28 de octubre de 2021 -recurso 54/2021-). De este modo, tal como ha recordado la citada doctrina, la revisión de las conclusiones alcanzadas por el órgano a quo únicamente es posible "cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos", sin que pueda pretenderse una nueva valoración de la prueba, como si nos encontrásemos ante un recurso ordinario de apelación, ni pueda sustituirse la valoración objetiva del órgano de instancia por la subjetiva de la parte recurrente (por todas, SSTS/4ª de 18 de marzo de 2014 -Pleno, rec. 125/2013-; 18 de julio de 2014 -Pleno, rec. 11/2013-; 22 de abril de 2015 -Pleno, rec. 14/2014-; 562/2017, 28 de junio de 2017 -Pleno, rec. 45/2017-; 652/2017, 19 de julio de 2017 -rec. 212/2016-, 761/2021, 7 de julio de 2021 -rec. 137/2019- y 28 de octubre de 2021 -rec. 54/2021-, que cita las anteriores). La subsunción del supuesto que nos ocupa en la doctrina expuesta conduce al fracaso de la revisión interesada.

C) En relación al hecho probado sexto, se insta que se modifique su redactado por el siguiente:

"En el box de urgencias prestan servicios diariamente dos enfermeras y tras el fin de contrato continuó con dos enfermeras pero se redistribuyó la cobertura entre las profesionales sin que se contratase a una nueva enfermera. Por ello, en los cuadrantes siguen apareciendo dos enfermeras. Los únicos contratos temporales que se han suscrito han sido para cubrir días sueltos o para sustituir a profesionales con derecho de reserva del puesto de trabajo".

En aras a lograr el éxito de esta revisión, se invocan los documentos 8 a 11 (folios 49 a 132), aportados como prueba anticipada, y 11 del ramo de prueba aportado a la vista oral. Sin embargo, de los mismos no se colige la supresión del original redactado en relación a que la actora continuaba figurando en la denominada rueda de los viernes hasta el 4 de febrero de 2022. Y, por lo que respecta al resto de redactado que se pretende adicionar, atinente a que se redistribuyó la cobertura de las dos enfermeras en el box de urgencias con las profesionales sin efectuar nuevas contrataciones, no se desprende de forma evidente, sin necesidad de conjeturas, de la documental invocada, a lo que cabe añadir que se insta la adición de un hecho negativo ("sin que se contratase una nueva enfermera"), lo que resulta impropio del relato fáctico (por todas, STS/4ª de 21 de enero de 2021 -recurso 158/2019-) y, nuevamente, determina la desestimación de la revisión interesada.

Así resulta de la aplicación de la doctrina jurisprudencial en la materia, que considera como requisitos ineludibles para el éxito de la revisión fáctica, los siguientes (entre otras, STS/4ª de 9 de enero de 2019 -recurso 108/2018-):



"Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis.

Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué se discrepa.

Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial.

Excepcionalmente la prueba testifical puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental".

En suma, se desestima el primero de los motivos del recurso.

TERCERO.- Como segundo motivo, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la parte actora recurrente denuncia, en dos subapartados, la infracción del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y RD 2720/1998, sobre contratos de duración determinada, así como de los artículos 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores. Se argumenta, en síntesis, que las partes suscribieron un contrato de trabajo de obra y servicio cuyo objeto era reforzar el box, el cual obedeció a necesidad real en el centro de atención primaria y no incurrió en fraude de ley. Se continúa aduciendo que la fecha de extinción fijada en el contrato, de 31 de diciembre de 2019, se hizo constar como aproximada tal como permitía el citado RD 2720/1998, pero en cualquier caso el contrato podía tener una duración máxima de tres años que no se agotó por no ser ya necesaria su posición al encontrarse cubierta mediante la redistribución de las profesionales que formaban parte de la plantilla del centro. Es por ello que -se alega- la decisión de finalizar el contrato fue organizativa y en modo alguna obedeció a la inminente maternidad de la trabajadora por estar su cónyuge embarazada, debiéndose a que no ostentaba el perfil de primaria, siendo así que fue contratada cuando ya era madre de un hijo nacido en el año 2018. Del mismo modo, se añade que no consta que la Dirección del DIRECCION000 tuviese conocimiento de que la esposa de la Sra. Antonia se encontraba embarazada y de que el permiso solicitado fuese destinado a acompañar a su mujer a prueba médica prenatal, al solicitarse como día libre. Por ello, se insta la revocación del pronunciamiento de instancia, declarando que la medida extintiva empresarial respondió a causa legal.

Opone la parte actora, al impugnar el recurso, que la rescisión del contrato de trabajo de la actora obedece única y exclusivamente a su inminente maternidad y las circunstancias inherentes a la misma, ya que su cónyuge se encontraba embarazada de casi ocho meses en el momento de comunicarle la extinción contractual. Así resulta -continúa exponiéndose- de la celeridad con que la empresa toma la decisión de rescindir el contrato de trabajo, coincidiendo con la solicitud referida, al contrario de lo realizado habitualmente y sin otorgarse a la actora los correspondientes días de preaviso, por lo que procede estar a la nulidad acordada por la sentencia de instancia, por discriminación refleja vulneradora del derecho a la igualdad y no discriminación.

En aras a centrar los términos del debate, conviene precisar que la sentencia de instancia concluye que concurre el panorama indiciario vulnerador del derecho a la igualdad y no discriminación por entender que la futura maternidad de la trabajadora determinó la medida extintiva empresarial. Combate este pronunciamiento el recurso interpuesto refiriéndose a la ausencia de indicios de vulneración del derecho fundamental referido, así como la conformidad a derecho de la extinción contractual. Se circunscribe, por tanto, el objeto del recurso a la concurrencia de panorama indiciario discriminatorio de la actora por la circunstancia de que



su mujer se encontraba embarazada de ocho meses, habiéndose solicitado en fecha 21 de septiembre de 2021 por la trabajadora un permiso de asuntos propios para acompañarla a la práctica de prueba prenatal, comunicándosele su despido en fecha 27 de septiembre de 2021.

Con carácter previo, resulta obligado efectuar determinadas consideraciones sobre la acreditación de la concurrencia del panorama indiciario vulnerador del derecho fundamental a la igualdad, particularmente necesarias a la vista de las alegaciones contenidas en el escrito del recurso.

I. - La acreditación del panorama indiciario vulnerador de derechos fundamentales.

La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha recordado que la distribución de la carga probatoria propia de la prueba indiciaria alcanza a supuestos en los que esté potencialmente comprometido cualquier derecho fundamental; descartando un examen de los actos empresariales eventualmente lesivos desde una perspectiva de legalidad que no le es propia, y señalando que ha de atenderse a la cobertura que los derechos fundamentales invocados ofrecen. A tal efecto, recuerda en la STS/4ª de 31 de mayo de 2022 (recurso 601/2021), con cita de las SSTC 183/2015, de 10 de septiembre, y 38/1981, de 23 de noviembre:

"En cuanto al canon de control constitucional, recuerda que la prueba indicaría se articula en un doble plano: "El primero consiste en el deber de aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia y que, como es obvio, incumbe al trabajador denunciante. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido (por todas, STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7)."

Cuando por parte del trabajador se aporte un panorama indiciario, en lo que atañe a la carga probatoria del empresario, sintetiza los criterios comunes a supuestos de muy diversa naturaleza, disciplinaria o de otro carácter (por todas, SSTC 140/2014, de 11 de septiembre; 30/2002, de 11 de febrero, o 98/2003, de 2 de junio): "i) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; ii) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar ad casum que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; iii) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; iv) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria."

Seguidamente diseña las pautas de detección del cumplimiento por parte de la actora de la acreditación de la existencia de indicios: "En este primer plano de control deberá recordarse que tienen aptitud indiciaria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos 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 (por ejemplo, STC 31/2014, de 24 de febrero, FJ 3). En el bien entendido que, más allá de la dispar fuerza probatoria concebible en un panorama indiciario conformado por un hecho o conjunto de hechos, lo que no cabe en ningún caso es que quede sostenida la prueba en alegaciones meramente retóricas o que falte la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma entre los hechos aducidos y el factor protegido pudiera establecerse, haciendo verosímil la inferencia lesiva". Recuerda igualmente que el factor temporal ha sido considerado como un dato relevante en numerosas Sentencias (v. gr., SSTC 125/2008, de 20 de octubre, FJ 4, o 140/2014, de 11 de septiembre, FJ 8).

Establecida la conexión indiciaria, y de acuerdo con una jurisprudencia constitucional reiterada y constante, asevera la imposición a la empresa de la carga probatoria de desvincular su acto del indicio de lesión aportado, sin que el panorama indiciario conduzca, por tanto, indefectiblemente, a la declaración de la vulneración constitucional aducida".

En aplicación de esta doctrina, procede dirimir sobre la conexión causal entre el embarazo de la mujer de la actora y la medida extintiva empresarial. A tal efecto, resulta particularmente significativa la conexión temporal entre la solicitud del día de permiso por asuntos propios de la trabajadora, para acompañar a su cónyuge al médico, y la comunicación de la medida extintiva, circunstancias entre las que mediaron seis días, máxime si tenemos en cuenta que, tal como se constata en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, la trabajadora se encontraba en las agendas de todo el 2021, constando en el box de emergencia su nombre



como enfermera. A ello ha de añadirse que en el grupo de WhatsApp de las enfermeras del centro de 27 de septiembre de 2021, la administrativa encargada de la agenda comunicó la denominada rueda de los viernes donde se incluía a la actora hasta el 4 de febrero de 2022.

Argumenta la entidad recurrente que no consta el conocimiento empresarial del embarazo de la mujer de la trabajadora, ni de la finalidad del permiso solicitado por cuanto éste había sido interesado como de asuntos propios. Y ciertamente, este último dato resulta de forma pacífica del relato de hechos probados de la sentencia de instancia. Sin embargo, a la vista de los datos obrantes en las actuaciones, la juzgadora a quo considera acreditados los indicios de discriminación ante la constatación de que todo/as lo/as compañero/as de la empresa conocían que la actora se encontraba esperando un bebé, que su cónyuge estaba embarazada y que iba a acompañarla a la realización de prueba prenatal. Partiendo de tal dato, se concluye que resulta desvirtuado que la empleadora no conociese que la actora se encontraba esperando un hijo, tomando como elemento de convicción la testifical del miembro de comité de empresa que depuso en el acto de juicio (fundamento jurídico cuarto de la sentencia). Ponderación ésta que no puede ser suplida en esta sede, debiendo estarse a la prueba indiciaria oportunamente valorada por la juzgadora a quo, partiendo del conocimiento generalizado en la empresa del embarazo de la mujer de la trabajadora y del consecuente conocimiento empresarial.

Se esgrime, asimismo, en el recurso, que el sector sanitario se encuentra fuertemente feminizado, siendo así que hay numeroso personal disfrutando de medidas de conciliación, sin que conste que la empresa haya negado los mismos. Sin embargo, tal conclusión (ciertamente declarada probada en el hecho probado quinto de la sentencia) en modo alguno obsta a la conclusión alcanzada sobre el panorama indiciario, por cuanto a tal efecto procede estar al supuesto que resulta objeto de recurso y no así a la actuación empresarial de forma generalizada, que de forma evidente ha de respetar la legislación vigente en materia conciliatoria, debiendo apuntarse que la superior o inferior feminización de un sector en modo alguno ha impedido a la doctrina constitucional apreciar los citados indicios de discriminación de concurrir el expuesto panorama indiciario (al efecto, cabe citar la STC 79/2020).

II. La ausencia de válida extinción del contrato de obra suscrito.

Se continúa aduciendo por la parte recurrente que la extinción contractual obedeció a la válida finalización del contrato de obra o servicio en su día suscrito, sin que se contratase a otra profesional para cubrir el puesto de trabajo de refuerzo en el box sino que fue cubierto por dos enfermeras del propio centro en una redistribución de funciones. Ahora bien, el redactado del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción anterior a la reforma operada por RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, no ampara la causalidad determinada en el contrato de trabajo objeto de recurso como justificativa de su carácter temporal.

Conviene recordar, en materia de temporalidad de los contratos, que la unificada doctrina del Tribunal Supremo ha reiterado que, de conformidad con el espíritu de las normas que disciplinan la contratación temporal, si bien el artículo 15.1, párrafo inicial, del Estatuto de los Trabajadores permitía (en su redactado anterior al RDL 32/2021) concertar contratos de trabajo por tiempo indefinido o por duración determinada, *"la temporalidad en la relación laboral está reducida exclusivamente a los supuestos autorizados por el artículo 15 citado, desarrollado por el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, normativa que sigue la línea marcada por el Derecho de la Unión Europea (Directiva 199/1970, de 28 de junio, y el Acuerdo Marco celebrado entre los sindicatos y las asociaciones empresariales europeas), para evitar abusos en la contratación temporal, tasar las causas de temporalidad, y limitar, en lo posible, la duración de los contratos temporales, permitiendo la atención a situaciones que no precisen de una contratación indefinida, mediante contrataciones limitadas en el tiempo"* (SSTS/4ª de 17 de octubre de 2.006, 15 de noviembre de 2.007). En concreto, en relación a los requisitos para la validez del contrato para obra o servicio determinados, la Jurisprudencia de la sala Cuarta del Tribunal Supremo, en aplicación de los artículos 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre que lo desarrolla (BOE de 8 de enero de 1.999) -vigente desde el 9 de enero siguiente de acuerdo con lo previsto por su disposición final segunda-, ha estimado como tales los siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas (SSTS/4ª de 11 de mayo y 10 de octubre de 2.005, 21 de enero de 2.008, y 14 de julio de 2.009). Tal como se afirma en la última de las sentencias citadas, *" esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho. Son repetidas las sentencias que así lo afirman aunque, por*



lógica razón de congruencia, cada una debiera profundizar sobre el requisito concreto, de entre los citados, cuya existencia era objeto entonces de discusión. Corroboran lo dicho, las de 21-9-93 (rec. 129/1993), 26-3-96 (rec. 2634/1995), 20-2-97 (rec. 2580/96), 21-2-97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/1996), 17-3-98 (rec. 2484/1997), 30-3-99 (rec. 2594/1998), 16-4-99 (rec. 2779/1998), 29-9-99 (rec. 4936/1998), 15-2-00 (rec. 2554/1999), 31-3-00 (rec. 2908/1999), 15-11-00 (rec. 663/2000), 18-9-01 (rec. 4007/2000) y las que en ellas se citan que, aun dictadas en su mayor parte bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2.104/1984, 2.546/1994 y 2.720/1998.- Todas ellas ponen de manifiesto, en la parte que aquí interesa, que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad" .

Asimismo, tal como recordamos en la sentencia de 17 de diciembre de 2020 (recurso 2835/2020), para su validez no basta con la calificación formal de temporalidad que conste en el contrato, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la ley impone a tal modalidad de contratación temporal, afirmando que *"con carácter general, para que un contrato sea verdaderamente temporal o de duración determinada, no basta con la expresión en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone"* (entre otras, STS/4ª Pleno 19-07-2018 -rcud 823/2017-). Y en cuanto a la carga de la prueba de la causa que justifica la contratación temporal, la doctrina jurisprudencial ha afirmado que incumbe a la empresa *"la carga de probar que la contratación efectivamente obedecía a una situación puramente coyuntural y transitoria"* (STS/4ª 11-04-2018 -rcud 540/2016-).

En el supuesto que nos ocupa, en el contrato se determinó como objeto *"reforzar box"*, recogiendo en su cláusula tercera *"de 17 de mayo de 2019 a aprox. 31 de diciembre de 2019"*, siendo así que la extinción del contrato se habría producido el 27 de septiembre de 2021, por fin de contrato. La descripción referida anteriormente no integra los requisitos requeridos normativa y jurisprudencialmente para estimar que se identificó con precisión la obra o servicio a realizar, ni, menos aún que nos encontremos ante una obra con sustantividad propia dentro de la actividad habitual de la empleadora, no sólo por la genérica alusión a tareas inherentes a la actividad ordinaria prestada por la empleadora, sino por cuanto por ésta se ha manifestado que se trata de una tarea que en modo alguno habría cesado tras la extinción del contrato de la actora sino que se habría redistribuido entre otras trabajadoras. Sin perjuicio de que este último extremo no haya sido acreditado, evidencia que nos encontramos ante una necesidad permanente de la empresa y que no fue determinada causa de temporalidad, ni, menos aún, ligada a un determinado plazo de ejecución que, a mayor abundamiento, no fue precisado en el inicial contrato. Correspondía a la empresa no sólo acreditar la conexión entre la temporalidad determinada en el contrato sino acreditar que la misma finalizó en la fecha de extinción del contrato, lo que no acaeció y comporta el fracaso de la infracción denunciada en relación a este particular.

En consecuencia, la modalidad contractual y su extinción no sólo no desvirtúan el panorama indiciario sino que, dada la omisión probatoria expuesta, lo refuerzan a la vista de la conexión temporal entre la solicitud del permiso por la trabajadora y su despido.

III. - La afectación del derecho a la igualdad por razón de sexo a causa de discriminación por asociación o refleja.

No habiendo sido desvirtuado el panorama indiciario anteriormente expuesto, concluimos sobre la afectación por la medida extintiva del derecho a la igualdad por razón de sexo por discriminación refleja o por asociación, al considerarse que a la trabajadora le fue otorgado un trato desfavorable (despido) por su relación -en este caso, conyugal- con la persona en quien concurre la condición personal amparada, cual es el embarazo.

En este sentido, cabe citar la STS/4ª de 29 de enero de 2020 (recurso 3097/2017), al considerar que la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada (en este caso, embarazo), sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación, con cita de las SSTJUE de 17 julio 2008 Coleman -C-303/06- y 16 julio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD - C-83/14-, y refiriéndose a su recepción en nuestro Derecho positivo en el art. 63 del RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y también seguido, por ejemplo, en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal (CP), que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del art. 22.4 CP.

Asimismo, la doctrina constitucional ha contemplado la discriminación por asociación en la STC 71/2020, al considerar que *"tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han admitido que se incurre en discriminación refleja cuando una persona es tratada de forma menos*



favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06 , Coleman) ha procedido a una interpretación amplia del alcance de los supuestos protegidos por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 , relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al declarar que se incurre en discriminación directa cuando una persona es tratada de forma menos favorable por razón de uno de los rasgos o características protegidos, aunque no concurren en ella misma, si el motivo del trato menos favorable se fundamenta en dicha característica. En el mencionado asunto Coleman, en el que la Gran Sala aborda en concreto un supuesto de discriminación por razón de discapacidad, se declara que los objetivos y el efecto útil de esta Directiva "se verían comprometidos si un trabajador que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de un hijo suyo, y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado" (párrafo 48). De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su sentencia de 22 de marzo de 2016 (asunto Guberina contra Croacia , párrafo 79) que el trato menos favorable recibido por el recurrente por causa de la discapacidad del hijo a su cuidado es una forma de discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos , aunque el propio recurrente no sufra de discapacidad alguna".

En aplicación de esta doctrina, en el supuesto que nos ocupa, tal como ha sido expuesto, no ha sido desvirtuado el panorama indiciario de que la trabajadora fue despedida debido al embarazo de su mujer, lo que podría subsumirse en una discriminación por asociación o refleja ligada a la citada condición de embarazada de su cónyuge. Así, resultando del artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007 que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, el acto reactivo al embarazo de la mujer de la actora resulta discriminatorio por razón de sexo de manera directa o refleja, al implicar que el trato desfavorable hacia la trabajadora (al acordar la medida extintiva) trae causa (indiciariamente) de aquella situación de embarazo.

Restaría precisar, por lo que respecta a la referencia contenida en el recurso a la condición de la trabajadora de indefinida no fija que, resultando pacífica en esta sede, a la misma habrá de estarse en relación a los efectos del despido.

Habiéndolo así entendido la sentencia de instancia, procede desestimar la infracción jurídica denunciada y confirmar el pronunciamiento que declaró nulo el despido por tal causa, acordando indemnización por daños y perjuicios cuyo procedencia y quantum, para el supuesto de confirmarse aquella calificación, no ha sido controvertido en esta sede; desestimando el recurso.

CUARTO.- En aplicación del artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, procede imponer las costas a la parte recurrente, las cuales incluirán los honorarios del Letrado de la parte impugnante en cuantía de cuatrocientos cincuenta euros (450 euros).

Asimismo, de conformidad con lo prescrito en el artículo 204, apartado 4, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte demandada para recurrir, al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se dará el destino legal.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por DIRECCION000) contra la sentencia dictada en fecha 2 de junio de 2022 por el Juzgado de lo Social número 9 de Barcelona, en virtud de demanda presentada a instancia de doña Antonia contra la parte recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, en autos sobre despido seguidos con el número 828/2021, confirmando la resolución recurrida.

Se imponen las costas causadas en el presente recurso a la recurrente, en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte actora impugnante, en la cuantía de cuatrocientos cincuenta euros (450 euros).

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la demandada para recurrir, al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se dará el destino legal.



Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.