

Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Social, Sentencia 64/2021 de 13 May. 2021, Rec. 55/2021

Ponente: Oliver Albuerne, María de las Mercedes

Ponente: Oliver Albuerne, María de las Mercedes.

LA LEY 94052/2021

ECLI: *ES:TSJLR:2021:215*

DESPIDO OBJETIVO. Finalización del proyecto asignado al actor. Improcedencia por no acreditación de esta causa. No tiene nada que ver con la pandemia. DERECHO AL HONOR. Tras el despido, el actor es expulsado de un grupo de WhatsApp del trabajo. No se vulnera ni el honor ni su imagen profesional porque sus integrantes podían conocer la extinción del contrato, pero no las causas, que no fueron expuestas en ese grupo. DISCRIMINACIÓN. El despido no está basado en que fuera sospechoso de portar una enfermedad infecciosa y contagiosa. Tampoco ha existido vulneración de la garantía de indemnidad por cuanto la reclamación de las dietas fue con posterioridad al despido.

El TSJ La Rioja desestima el recurso de suplicación interpuesto y confirma sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Logroño que declaró el despido improcedente.

**A Favor: EMPRESA.
En Contra: TRABAJADOR.**

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00064/2021

C/ MARQUES DE MURRIETA 45-47

Tfno: 941 296 421

Fax: 941 296 597

Correo electrónico: saladelosocial.tsj@larioja.org

NIG: 26089 44 4 2020 0000976

Equipo/usuario: BMB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 000055 /2021

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000312 /2020

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE D Gines

ABOGADA: MARIA PILAR TORRES BOSCO

RECURRIDO: BOSONIT S.L., FONDO DE GARANTIA SALARIAL

ABOGADA: TELMA INMACULADA PEREZ GONZALEZ, LETRADO DE FOGASA , ,

Sent. Nº 64-2021

Rec. 55/2021

Ilma. Sra. D^a M^a José Muñoz Hurtado. :

Presidenta. :

Ilmo. Sr. D. Ignacio Espinosa Casares. :

Ilma. Sra. D^a Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a trece de Mayo de dos mil veintiuno.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 55/2021 interpuesto por D. Gines asistido de la Abogada D^a Pilar Torres Bosco contra la SENTENCIA nº 4/2021 del Juzgado de lo Social nº TRES de Logroño de fecha 13 DE ENERO DE 2021, y siendo recurridos BOSONIT S.L. asistida de la Abogada D^a Telma I. Pérez González, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL asistido del Letrado de Fogasa y el MINISTERIO FISCAL, ha actuado como **PONENTE LA ILMA. SRA. DOÑA MERCEDES OLIVER ALBUERNE.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, por D. Gines se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número TRES de Logroño, contra BOSONIT S.L., el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y el MINISTERIO FISCAL en reclamación de DESPIDO.

SEGUNDO.- Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 13 DE ENERO DE 2021 recayó sentencia cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- El demandante venía prestando sus servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad reconocida del 16.02.2018, Grupo profesional E-Nivel I y salario bruto diario de 777 78 € (ipp).

SEGUNDO.- A la relación laboral existente entre las partes le era de aplicación el Convenio Colectivo de Empresas de Ingeniería y Oficinas de estudios técnicos.

TERCERO.- Con fecha 1.10.2017 la demandada y la Universidad Internacional de La Rioja-UNIR firmaron Convenio de cooperación educativa, regulador de las circunstancias de realización por estudiantes universitarios de la primera de prácticas externas de formación académica en esa empresa (centro de prácticas).

Con fecha 9.11.2017 el actor firmó con la demandada Acuerdo por el ésta proporcionaba al actor una formación especializada, mediante la realización de un Master universitario en Visual Analytics and Big Data realizado a través de la UNIR, cuyo coste había ascendido a 4.000?00 € sufragados en su totalidad por la empresa, comprometiéndose el actor a adquirir un compromiso de permanencia y fidelidad a la empresa con el fin de poner en práctica la citada formación. En virtud del mismo el actor se comprometía a asistir al 100% de prácticas desde el 9.11.2017 hasta la finalización del Mater el 31.07.2018 y aprobar los créditos necesarios para la obtención de la titulación de ese master antes

del 31.07.2018 o en su defecto en la convocatoria extraordinaria de septiembre, debiendo indemnizar a la empresa en caso de incumplir ese acuerdo abandonando el master antes de finalizar el plazo establecido, con la cantidad íntegra del master (4.000 €).

CUARTO.- Con fecha 2.04.2018 las partes firmaron contrato indefinido y a tiempo completo, quedando el actor adscrito a su centro de trabajo de Logroño (C/ Portales 71-bajo).

QUINTO.- La empresa cursó su alta en SS en fecha coetanea a la suscripción de ese contrato.

Constan sin embargo cotizaciones previas a su favor y por esa empresa en los meses de Febrero y Marzo de 2018, por unas bases de 372?06 y 858?60 €, respectivamente; período en que prestó formalmente servicios como becario.

Del 16.08.2017 al 15.02.2018 percibió prestación de desempleo. Durante ese período y por la UNIR se cotizó a su favor por una base mensual de 1.460?66 €.

SEXTO.- Con fecha 5.05.2020 la empresa remitió burofax que fue debidamente entregado al actor el 6.05.2020 (recepción que confirmó a la demandada indicando haberla suscrito no conforme; burofax del siguiente tenor literal:

« En Logroño, a 30 de abril de 2020.

Estimado Sr Gines,

Por medio de la presente, le comunicamos que la Dirección de BOSONIT S.L. (en adelante la COMPAÑÍA) ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo por la causa establecida en el artículo 52.C del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, Estatuto de los Trabajadores) así como a los requisitos formales fijados en el artículo 53 del propio estatuto de los Trabajadores, en la nueva redacción que establece la Ley 3/2012 de 6 de julio de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral.

Esta decisión de finalizar la relación laboral por Despido objetivo está motivada por la existencia de causas objetivas de naturaleza organizativas y que por tanto conducen inevitablemente a la necesidad de amortizar su puesto de trabajo.

I. EFECTOS.

Esta decisión se le comunica con efectos del día 6 de mayo de 2020.

II. REQUISITOS FORMALES.

Conforme a lo establecido en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, la presente decisión da cumplimiento a los requisitos formales establecidos, en la medida que:

a) Se comunica por escrito, expresando las causas económicas y organizativas que justifican la decisión adoptada de acuerdo con lo establecido textualmente en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores:

"(...) Se entiende que concurren causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción".

b) Respecto a la indemnización por despido objetivo, corresponde una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año, y con el tope de una anualidad.

Con la entrega de la carta se pone a su disposición mediante transferencia bancaria la indemnización que le corresponde, esto es, 3.442?5 euros netos.

c) En la empresa no existe Representación Legal de los Trabajadores.

III. CAUSAS ORGANIZATIVAS Y PRODUCTIVAS

La COMPAÑÍA se dedica a la consultoría, desarrollo de soluciones y outsourcing.

Desde hace algo más de 6 meses, la Dirección le integró en el área de Energía para su desarrollo, ascendiendo a la categoría de Sub-manager, con las responsabilidades asociadas a dicho puesto. Lamentamos informarle que la organización no ha sido capaz de desarrollar dicha área de Energía, pese a los esfuerzos comerciales que hemos realizado.

Como usted sabe, a día de hoy no existen proyectos, por lo que le hemos recolocado en otras áreas cuando esto ha sido posible, no obstante, ante la finalización del proyecto al que usted había sido asignado y ante la falta de actividad en el área de Energía, la COMPAÑÍA se ve en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo, que ha quedado vacío de contenido, al resultar imposible además recolocarlo en otros proyectos ya que no existen vacantes acordes a su categoría y funciones.

IV. FUNDAMENTO LEGAL

La decisión extintiva está justificada en las causas organizativas alegadas y que recoge el antes citado art. 52.c) del estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 51.1 de la misma norma ; así organizativas entendiéndose por éstas las que surgen cuando se producen cambios en la demanda de servicios que la empresa ofrece, tal es el caso que nos ocupa.

V. CONCLUSIÓN

Acreditadas las causas organizativas, con la entrega de esta carta se le comunica su cese, indicándole que causará baja en la Empresa el día 6 de mayo de 2020, por las causas y procedimientos que han sido expuestos.

Finalmente, aprovechamos para informarle que deberá devolver el equipo que la empresa le facilitó, Portátil HP LAP01631, Modelo 250-G6, Mochila Samsonite y pantalla Hacer KA270H para lo cual le emplazamos a que se ponga en contacto con Recursos Humanos con el fin de organizar la devolución a la mayor brevedad.

Asimismo, le informamos que procedemos a enviar el certificado de empresa con las cotizaciones que usted ha generado, para que pueda solicitar, en su caso, la prestación por desempleo que le pudiera corresponder.

Sin otro particular, lamentando las circunstancias que nos han obligado a adoptar esta decisión extintiva y agradeciéndole los servicios prestados para esta empresa.

Aprovechamos la ocasión para saludarle, atentamente».

La empresa cursó transferencia a su favor el 7.05.2020 por importe de 3.442,50 €.

SÉPTIMO.- La empresa citó de comparecencia en sus oficinas al actor para el 30.04.2020 y con los dispositivos puestos a su disposición para prestar servicios, con el fin de comunicarle su despido; convocatoria remitida a través del correo electrónico corporativo a las 10.06 de ese día que el actor contestó por la misma vía y a las 10.49 h indicando que no le era posible acudir por seguir dando su madre positivo en covid-19 y al estar en contacto con ella no poder abandonar su domicilio (el 30 de marzo había remitido otro correo a la empresa indicando que su madre había sido ingresada con neumonía, que él había venido con coronavirus de Madrid y se lo había pegado a ella y a su padre, que a su padre sólo le dio un día fiebre como a él, pero a su madre se le había complicado).

Ese mismo 30.04.2020 la empresa intentó remitirle vía mail la carta de despido, teniendo el actor impedido el acceso al mismo.

En ausencia de comunicación formal de despido informaron al actor de que iban a remitirle la carta de despido vía burofax, dejaron sin efecto baja que habían formalizado previamente con efectos del 30.04.2020 y cursaron nuevamente su alta hasta el 6.05.2020, ingresando las cotizaciones correspondientes.

Por su responsable de oficina (Aurelia) y el 2.05.2020 se le remitió el siguiente correo, explicativo de la situación habida:

«Buenas tardes Gines,

Mis disculpas por la situación, te indico:

El jueves pasado, efectivamente, te citamos en las oficinas para poder comunicarte tu despido por parte de la empresa. Al no poder hacerlo, el procedimiento para hacerlo indica que, para que no se produzca preaviso, se envíe al correo, cosa que se hizo, a última hora de la tarde (7:30 y de nuevo a las 18:00). En principio tu correo no debería estar deshabilitado en ningún momento y se deberá a problemas puntuales (te indico la solución que me han dado desde sistemas, que es añadir en vez de tu contraseña habitual la de recuperación que es PaSSwordPaSSword). Ahí se ha enviado todo lo necesario para el despido con las garantías que la ley marca para que no haya preaviso.

Yo te llamé personalmente el jueves tras el envío del correo (19:36), para poder explicarte la situación y comprobar que lo habías recibido, pero como no fue posible porque o bien se cortó o no pude comunicarme tras 3 tonos (ni recibí respuesta de vuelta), te indico: la motivación del despido se debe al feedback de otra nueva queja por parte de los responsables de proyecto de tu desempeño, por lo que la empresa ha decidido que no cumples los estándares para continuar con nosotros. Por la situación, hemos decidido acogernos al despido improcedente que reconoceremos en su omento ante el SMAC (tiene s también en el correo el papel que tienes que presentar y en cualquier momento nos prestamos para ayudare con las dudas que puedas tener sobre el procedimiento) para que pueda tener la máxima remuneración por el despido que se permite».

Junto con el despido del actor se planificó el de otros dos empleados (Remigio y Roque) a quienes se les notificó en la fecha prevista (30.04.2020); despidos que la empresa reconoció improcedentes alcanzando acuerdo con esos trabajadores, el primero en sede judicial y el segundo en conciliación administrativa.

Ese 30.04.2020 también se excluyó al actor del chat de whatsapp utilizado por su grupo de trabajo.

OCTAVO.- El último proyecto al que habían adscrito al actor finalizó a finales de Abril20.

NOVENO.- Con fecha 19 de Junio de 2020 se celebró el preceptivo acto de conciliación previo a la vía jurisdiccional por despido improcedente que el actor había instado el 22.05.2020 con el resultado de SIN AVENENCIA. En dicho acto la empresa manifestó no estar de acuerdo con la fecha de 30 de abril, que hubo una baja de esa fecha por error, pero el despido se notificó por burofax y se procedió a dar de baja al solicitante con fecha 6 de mayo de 2020.

En esa misma fecha se celebró también con idéntico resultado acto de conciliación por reclamación de cantidad que el actor había instado al tiempo. En dicho acto la empresa manifestó su oposición en cuanto a la reclamación de 30.000 € por daños y perjuicios, reconociendo adeudar al solicitante la cantidad de 5.847?48 euros brutos que, de ser aceptados, se abonarían en el plazo de dos días hábiles en la cuenta corriente del solicitante.

FALLO: Que desestimando la pretensión principal de la demanda interpuesta por D. Gines contra la empresa BOSONIT S.L., y estimado la subsidiaria, debo declarar y declaro la improcedencia del despido producido el 6.05.2020, condenando a esta demandada a que en el plazo de cinco días opte por readmitir al trabajador en iguales condiciones de trabajo existentes al tiempo del despido o indemnizarle con la suma de 5.575?16 € con abono, en el primer caso, de los salarios dejados de percibir desde el 7.05.2020 hasta la notificación de esta sentencia a razón de 77?78 €/día; condenando asimismo a esta demandada a abonar al actor otros 1.633?34 € más intereses, en los términos indicados en fundamento de derecho decimoprimero de la presente.

Para el caso de que la empresa opte por la readmisión, el trabajador deberá devolver la cantidad que en concepto de indemnización ha recibido (3.442?50 €); en caso de sustitución de la readmisión por

sustitución económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por D. Gines, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente solicita la revocación de la Sentencia dictada por el Juzgado y que se dicte nueva resolución por la que se estime la pretensión principal de la demanda interpuesta por D. Gines contra la empresa Bosonit SL, declarando el despido nulo, condenando a la demandada a su readmisión con el abono de los salarios dejados de percibir desde el despido; así como al abono de la suma de 30.000 €, más los intereses legales, por los daños y perjuicios ocasionados al demandante.

De forma subsidiaria, si no se aprecia la nulidad del despido y los daños y perjuicios reclamados, la confirmación de la sentencia recurrida en su integridad.

= Articula la parte el recurso en cinco motivos:

- Los motivos primero, segundo y tercero, al amparo de lo dispuesto en la letra b) del Art. 193 de la LRJS, dirigidos a la revisión fáctica de la sentencia en los términos que serán objeto del correspondiente análisis;

- El cuarto, al amparo de lo previsto en el Art. 193 c) de la LRJS para denunciar, la infracción del RD 9/2020; y a continuación, la vulneración de los derechos fundamentales, que según dicha parte se consideran vulnerados, conforme al segundo escrito presentado por la misma a los efectos de subsanación de la demanda.

- El quinto, al amparo de lo dispuesto en el art. 193 c) de la LRJS, para denunciar la infracción de normas en relación a la antigüedad del actor.

SEGUNDO.- Mediante el primero de los motivos, la parte recurrente pretende la modificación del hecho probado Primero de la sentencia, resaltando en letra negrita, la modificación propuesta, y su redacción en los siguientes términos:

*"Primero.- El demandante venía prestando sus servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una **antigüedad reconocida del 7 de Noviembre de 2017**, Grupo profesional E-Nivel I y salario bruto diario de 77,78 €".*

Apoya la modificación en la nómina de 6 de mayo de 2020 y el certificado de empresa (doc. 6 demanda); Así como en el documento 10 de formación especializada, firmado el 9/11/2017, (Hecho Probado tercero), en el que se "adquiría un compromiso de permanencia y fidelidad a la empresa con el fin de poner en práctica la citada formación"; alegando al respecto que en estos documentos queda claro que Gines era trabajador de la empresa por cuenta ajena desde Noviembre de 2017.

= Antes de proceder al examen y análisis del motivo de revisión fáctica articulado por la parte recurrente, debemos tener en consideración, que como con reiteración ha venido declarando esta Sala, para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por el Magistrado de instancia, han de cumplirse los siguientes requisitos:

a) *Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.*

b) *Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio.*

c) **Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que**

se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba-.

d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez "a quo" en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.

e) La alegación de inexistencia de pruebas, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", carece de eficacia revisora en suplicación, dadas las amplias facultades que el artículo 97.2 de la LRJS otorga al Juzgador "a quo" para la apreciación de los elementos de convicción.

f) En el caso de dictámenes periciales contradictorios, debe aceptarse, en principio, el que haya servido de base a la resolución recurrida, es decir, el admitido como prevalente por el Juez "a quo", a no ser que se demostrase palmariamente el error en que éste hubiere podido incurrir en su elección, por tener el postergado o rechazado una mayor credibilidad, dada la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar de mayor fuerza de convicción.

g) El error debe ser concreto, evidente y cierto, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, ni puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose, por ello, de una actividad de ponderación por parte del juzgador.

Aplicando la Doctrina Jurisprudencial trascrita, al motivo articulado por la recurrente, el mismo no puede prosperar; en primer lugar, porque la parte no ha solicitado simultáneamente la supresión de las afirmaciones fácticas que con valor de hecho probado se contienen en el fundamento de derecho décimo de la sentencia recurrida, fundamento en el que asimismo se establece como fecha de antigüedad la recogida en el hecho primero de la sentencia (16-2-2018), en tanto la señalada por el actor, con una diferencia de dos días (9 -11-2017), es la correspondiente al Acuerdo al que se refiere el Hecho probado tercero, por el que la demandada le proporcionaba una formación especializada, mediante la realización de un Master universitario realizado a través de la UNIR, sufragado por la empresa, por el que entre otros extremos el actor se comprometía a asistir al 100% de prácticas desde la fecha de suscripción, hasta la finalización del Master (31-07- 2018); en segundo lugar, porque como documento nº 6 también se aporta con la demanda la notificación de fin de contrato y prefiniquito de 6 de mayo de 2020 (fecha del despido) en el que se consigna como fecha del contrato 16 de febrero de 2018; y en tercer lugar porque en las nóminas aportadas como doc. nº 13 de la demanda la fecha de antigüedad es la de 16 de febrero de 2018, razones, por las que como se ha expuesto, el motivo no puede prosperar, debiendo prevalecer la valoración que de la prueba practicada ha realizado la juzgadora de instancia ex art. 97.2 de la LRJS.

TERCERO.- Mediante el segundo de los motivos, la parte recurrente solicita la modificación del hecho probado quinto de la sentencia, y su redacción en los siguientes términos:

"Quinto: La empresa cursó su alta en SS en fecha coetánea a la suscripción de ese contrato (2/04/2018).

Consta, sin embargo, cotizaciones previas a su favor, y por esa empresa en los meses de febrero y marzo de 2018; periodo en que prestó formalmente servicios como becario.

*Del 16.08.2017 al 15.02.2018 percibió prestación por desempleo. **Durante el mes de agosto 2017 por la UNIR se cotizó a su favor por una base mensual de 1.460,66 €"***

Apoya la modificación propuesta en los doc. nº 7 de la demanda, y en los doc. mencionados con anterioridad; en el doc. nº 9 de la demanda; y en el doc. nº 10, en relación al extremo que se ha resaltado en negrita, sin argumentar la trascendencia de la modificación para el fallo; y sin que de la relación de los referidos documentos pueda deducirse el error en el que haya podido incurrir la

Juzgadora de instancia, por lo que el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Mediante el tercero de los motivos, la parte recurrente, interesa la adición que resaltaremos en letra negrita, al hecho probado Noveno de la sentencia en los siguientes términos:

*"Noveno: Con fecha 19 de junio de 2020 se celebró el preceptivo acto de conciliación previo a la vía jurisdiccional **solicitando el reconocimiento de la nulidad o subsidiaria improcedencia del despido** que el actor había instado el 22.05.2020 con el resultado de SIN AVENENCIA..."*

Apoya la pretensión de adición en el doc. nº 4 de la demanda; sin argumentar el fundamento de su pretensión revisora.

El motivo no tiene trascendencia alguna para el fallo, por cuanto es obvio que la sentencia recurrida se ha pronunciado y resuelto tanto sobre la nulidad del despido (en sentido no favorable para la recurrente) como sobre la improcedencia del mismo; a lo que debemos añadir que si bien en el acto de conciliación se hacía referencia a la solicitud del reconocimiento de la nulidad o subsidiaria improcedencia del despido; en la papeleta de conciliación (doc. nº 3) se mencionaba genérica y exclusivamente el término despido; por lo que resulta innecesaria la adición propuesta.

QUINTO.- Mediante el cuarto de los motivos, al amparo de lo dispuesto en el art. 193 c) de la LRJS, la parte denuncia la infracción del RD 9/2020, alegando que en la fecha que se produce el despido, está expresamente prohibido el despido por causas económicas, técnicas, productivas y organizativas.

A continuación, en relación a la nulidad de derechos fundamentales invocada como causa de la nulidad del despido del actor, señala, que en el punto tercero del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia, se enumeran los que en el segundo escrito de subsanación de la demanda, se consideran vulnerados por la actora.

Posteriormente, se remite según afirma literalmente a las irregularidades (según la sentencia denuncias de incumplimientos legales que realiza el actor) que el Juzgador advierte en el Fundamento de derecho cuarto; y seguidamente, alega que en el FD quinto se analiza la posible lesión del derecho Fundamental al honor y a la propia imagen profesional social que según su criterio sí que ha sido lesionado,(reiterando lo expuesto en el segundo escrito de subsanación de demanda) tras ser expulsado del grupo de whatsapp de 120 personas trabajadoras de la empresa y de un minúsculo sector en Logroño; por injurias en el despido, indicando que había varias quejas; sentirse discriminado en un despido sin notificación alguna en plena pandemia y con situación muy delicada por ser afectado del covid de manera directa (vulneración del Art. 15 de la CE); menosprecio en la valoración de los conocimientos formativos; no tener un contrato acorde con su puesto de trabajo (becario); ningunearle con la modificación de su vida laboral (darle de baja el día 30 de abril y luego otra vez de alta hasta el día 6 de mayo) sin ninguna explicación; Por último, aludiendo al FD sexto de la sentencia, que la juzgadora ha desvinculado la reclamación de las dietas temporalmente del despido, que caso contrario pudiera considerarse indicio de una vulneración de la garantía de indemnidad (Art. 24 de la CE), lo que pretende acreditar con los doc. nº 1 y 2 de la demanda, y con los que aporta con el recurso, que la sala ha inadmitido.

= Antes de comenzar el análisis del recurso, debemos hacer constar que la parte por la vía del art. 193 c) de la LRJS, ha hecho una exposición del contenido de algunos de los Fundamentos de derecho de la Sentencia en relación a la pretensión principal de declaración de nulidad del despido desestimada, para mostrar su desacuerdo, pero que a excepción de los Art. 2 del RD 9/2020; y de los Art. 15 y 24 de la CE, este último en relación a la vulneración de la garantía de indemnidad; no ha citado ninguna otra norma sustantiva o jurisprudencia, hipotéticamente infringidas por la sentencia recurrida, (exigencia de los art. 196 en relación al 193 de la LRJS).

Sentado lo que antecede, debemos recordar, que conforme a reiterada Jurisprudencia en relación a

los Art. 53.4, y 55.5 del ET, y a los Art.108.2 y 122.2 de la LRJS, la nulidad del despido, queda reservada para los casos más graves, con vulneración de derechos fundamentales, o relacionados con situaciones susceptibles de especial protección, para evitar, precisamente la vulneración de un derecho fundamental, el de no sufrir discriminación, previstos en el art. 55.5 citado del ET.

1- la parte recurrente, en primer lugar, tal y como ha quedado expuesto alega la infracción del art. 2 del RD 9/2020, de 27 de marzo, alegando que el despido va en contra de la norma, y además constituye un fraude de ley, por lo que debe ser declarado nulo.

La parte impugnante del recurso, alega que dicha causa se ha alegado por primera vez en el recurso de suplicación; y que en cualquier caso, el despido del actor no se fundamenta en las causas previstas en los art. 22 y 23 del RDL 8/2020 de 17 de marzo.

Examinados los escritos de demanda y los dos escritos presentados por el actor en su momento para subsanación de la misma, en el primer escrito de subsanación, se alega por la actora, la nulidad del despido por causa ilícita, ya que en la fecha que se produce, están prohibidos expresamente en el RD 9/2020, los despidos por causas económicas, técnicas organizativas y productivas.

La Sentencia no se ha pronunciado al respecto, y la Sala en respuesta al motivo, de una manera sucinta debe afirmar; En primer lugar, que en la carta de despido no se alega ningún motivo relacionado con la pandemia, sino que la causa del despido se concreta en la finalización del proyecto asignado al actor y la imposibilidad de reubicarlo en otro, con independencia de que la Sentencia recurrida haya declarado improcedente el despido por no acreditación de la referida causa alegada; y en segundo lugar, la causa real alegada por la empresa, no tiene nada que ver con las restricciones derivadas de la pandemia, en relación con el funcionamiento de la empresa

En el caso enjuiciado la parte recurrente tal como hemos expuesto se ha limitado a alegar la infracción del art. 2 del RD 9/ 2020 de 27 de marzo, y que el despido va en contra de la norma, pero no ha desarrollado argumentación alguna al respecto.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

2- En relación a las denominadas irregularidades por la parte recurrente, que la sentencia lejos de admitirlas se limita a afirmar *"...que por el actor se denuncian incumplimientos legales que bien proveen el ejercicio por su parte de las correlativas acciones..."*; mostramos nuestra conformidad con lo resuelto por la Juzgadora en relación a este punto, por cuanto si bien por la parte actora ahora recurrente se califican dichos incumplimientos, como lesivos del derecho al trabajo del Art. 35 de la CE; lo cierto es que el derecho al trabajo, reconocido en el art. 35 de la CE no tiene rango de fundamental, al ubicarse en la sección 2a (de los derechos y los deberes de los ciudadanos), del capítulo 2º (derechos y libertades) del título I (de los derechos y deberes fundamentales): y no en la 1a (de los derechos fundamentales y las libertades públicas).

3- La parte recurrente denuncia en tercer lugar, la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen del actor (Art. 18 de la CE), en base a que ha sido expulsado del grupo de whatsapp de 120 personas trabajadoras de la empresa; injurias en el despido al indicar que había varias quejas; sentirse discriminado en un despido sin notificación alguna en plena pandemia y con situación muy delicada por ser afectado del covid de manera directa; menosprecio en la valoración de los conocimientos formativos; no tener un contrato acorde con su puesto de trabajo (becario); ningunearle con la modificación de su vida laboral (darle de baja el día 30 de abril y luego otra vez de alta hasta el día 6 de mayo) sin ninguna explicación .

- Para la resolución del presente motivo debemos partir de que el derecho al honor es uno de los derechos fundamentales que, junto a la intimidad y propia imagen, está recogido en el artículo 18.1 de la Constitución española. *En el ámbito laboral, dicho derecho, que es irrenunciable, puede verse vulnerado si la reputación profesional se ve dañada.*

En el ámbito de las relaciones laborales, el derecho a la propia imagen no tiene desarrollo legal, si bien cuenta con múltiples alusiones a lo largo del Estatuto de los Trabajadores (arts. 4.2 e); 18, 20.3 o 50.1 ET), que imponen al empresario límites en el ejercicio de sus facultades de organización, dirección y control del trabajo, en consonancia con el art. 18.1 CE, garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y la ausencia de una regulación específica para abordar la difícil relación o convivencia del derecho fundamental del trabajador a la imagen con el contrato de trabajo y la organización empresarial, se suple, básicamente, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el valor y eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral.

El derecho al honor ha sido definido como el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda su titular ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás.

- En el supuesto de que el recurso trae causa, y teniéndose en cuenta lo anteriormente expuesto, la Sala comparte plenamente el contenido al respecto de la sentencia recurrida, (FD cuarto) en relación a que los hechos y circunstancias en los que el actor recurrente fundamenta la vulneración de su derecho al honor e imagen profesional, *"... no merecen tal consideración en tanto la extinción de su contrato y conocimiento por otros de su despido no implica per se el conocimiento por aquéllos de los motivos que trascendieran el mismo y en consecuencia demérito a su valía o consideración profesional, siendo que su exclusión del grupo de whatsapp resulta coherente con la pareja extinción del contrato en tanto conformaba una herramienta de trabajo que a partir de esa extinción no iba a prolongarse en el tiempo, por motivos obvios (discordancia de la expulsión del chat y despido que se impugna que no desmerece a lo anterior por los motivos y razones ya expuestos)...."*

A lo anterior debemos añadir, que el actor no ha acreditado que los motivos del despido, notificado en legal forma, hayan trascendido a terceros; y que los dos destinatarios en copia del correo remitido por su responsable de oficina el día 2 de mayo de 2020, al que se refiere el hecho probado séptimo de la sentencia al que nos remitimos, no puede considerarse como un acto de trascendencia a terceros, teniéndose en cuenta que los destinatarios en copia, según ha quedado acreditado por el propio reconocimiento del actor pertenecen al departamento de Recursos Humanos; no resultando de la literalidad de la carta de despido ni de dicho correo, ninguna descalificación profesional, ni menos injuriosa del actor.

4- En apartado específico debemos abordar la discriminación denunciada por el actor recurrente, fundada en el hecho de haber sido despedido en plena pandemia y con una situación delicada por ser afectado del covid de manera directa.

- En el presente supuesto el despido del actor no se ha fundado en que el actor fuera sospechoso de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa, circunstancia que se hubiera podido equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir, enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo; por lo que el despido se ha acordado sin vulneración de los derechos fundamentales del trabajador ni infringiendo la prohibición de discriminación; no habiéndose transgredido en consecuencia el principio de igualdad y prohibición de discriminación (art. 14 de la Constitución Española) y el derecho a la integridad física y a la salud (art. 15 de la CE); a lo que debemos sumar, que tal y como ha quedado probado y se recoge en el FD sexto de la sentencia recurrida, la discriminación empresarial denunciada queda descalificada a la vista del despido de otros trabajadores en fechas coetáneas; por lo que el motivo debe ser desestimado.

5- En relación a la denunciada vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador por la reclamación de dietas por su desplazamiento a Madrid; debemos partir, de que en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993 y 14/1993, de 18 de enero, 54/1995, de 24 de febrero).

En este ámbito, la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Y, más concretamente, como razonara la STC 14/1993, la garantía de indemnidad que otorga el art. 24.1 CE se extiende asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, pues de otro modo se dificultaría la plena efectividad del derecho. Si se rechazara que los trámites previos estén provistos del amparo constitucional que deriva de ese derecho, quien pretendiese impedir o dificultar el ejercicio de una acción en la vía judicial tendría el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría al empresario con actuar en el momento previo al planteamiento de ésta.

En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional.

- En el supuesto de que el presente recurso trae causa, no ha existido vulneración alguna de la garantía de indemnidad del trabajador, por cuanto la reclamación de las dietas por el trabajador se produce con posterioridad al despido, teniéndose en cuenta que la demanda de conciliación en reclamación de dichas cantidades se presenta en fecha de 22 de mayo de 2020, y la celebración del acto de conciliación, el día 19 de junio posterior, cuando el despido se había producido el 6 de mayo anterior; motivos que fundamentaron el rechazo de la admisión de los documentos aportados por la parte recurrente con el escrito de formalización del recurso, remitiéndonos en este punto al Auto dictado por esta Sala con fecha 29 de abril de 2021, inadmitiendo los citados documentos.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- Mediante el quinto de los motivos, la parte recurrente impugna la fecha de antigüedad del trabajador en la empresa, que la sentencia recurrida en su hecho probado primero ha establecido el día 16 de febrero de 2018, como fecha desde la que el actor viene prestando sus servicios por cuenta y ordenes de la demandada.

Mantiene la parte en contra del criterio de la Juzgadora, que el Sr. Gines prestaba servicios a la demandada desde el 7/11/2019 sin contrato ni correlativa alta en la Seguridad Social, con fundamento en los doc. 6, 9 y 10 de la demanda.

- La cuestión ha sido resuelta por la Sala al desestimar el primero de los motivos articulados por la parte en su escrito de formalización de recurso, al amparo de lo dispuesto en el art. 193 b) de la LRJS, analizando el contenido de los documentos en los que se apoyara, (y ahora se apoya) la parte para la revisión fáctica del HP primero de la Sentencia; razón por la que nos remitimos al Fundamento de derecho segundo de la presente resolución, y al contenido del Fundamento de derecho décimo de la sentencia recurrida, para concluir al respecto en términos de la sentencia recurrida, que "...Ninguna prueba se ha propuesto ni practicado, sin embargo, sobre las circunstancias de realización de esas prácticas para, sin perjuicio de la cobertura formal que tuvieran, acreditar correspondían a prestación de servicios propia de una relación laboral bajo los principios de dependencia y ajenidad que la caracterizan (art. 1.1 ET)...."; por lo que el motivo debe ser desestimado.

SEPTIMO.- Sin imposición en cuanto a las costas causadas conforme a lo dispuesto en el Art. 235.1 de la LRJS.

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

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN interpuesto por la Letrada Sra. Torres Bosco, en nombre y representación de D. Gines, contra la Sentencia dictada por Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño , con fecha 13 de enero de 2021, en Autos nº 312/20, promovidos por dicha parte, contra la empresa BOSONIT SL, representada por la Letrada Sra. Pérez González **en materia de DESPIDO**, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, debemos **CONFIRMARLA** .

Sin imposición de las costas causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una Oficina del **BANCO DE SANTANDER** se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0055-2021, Código de Entidad 0030 y Código de Oficina 8029.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta núm.0049 3569 92 0005001274, código IBAN. ES55, y en el campo concepto: 2268-0000-66-0055-2021.

Pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

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

E./

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrada-Ponente, **Ilma. Sra. D^a MERCEDES OLIVER ALBUERNE**, celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se procede a cumplimentar la **notificación** de la anterior resolución. Doy fe.