



Roj: **STSJ M 2688/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:2688**

Id Cendoj: **28079340042018100204**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **08/03/2018**

Nº de Recurso: **998/2017**

Nº de Resolución: **170/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0032053

Procedimiento Recurso de Suplicación 998/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid Despidos / Ceses en general 747/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 170/2018

Ilmas/o. Sras/r.

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid, a 8 de marzo de dos mil dieciocho.

Habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Cuarta de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por el/las Ilmas/o. Sras/r. citadas/o, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 998/2017 formalizado por el letrado DON ENRIQUE ORTIZ SIERRA, en nombre y representación de DON Dimas , contra la sentencia número 68/2017 de fecha 27 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 38 de los de Madrid , en sus autos número 747/2016, seguidos a instancia del recurrente frente a BANKIA, S.A., siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por despido, siendo



Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron literalmente los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- La parte actora, don Dimas , con DNI NUM000 , ha prestado servicios laborales para BANKIA S.A., Con una antigüedad desde el 27/05/1997 con la categoría, profesional y nivel VII -PDP17, y con un salario bruto anual de 42.992,52 €, equivalente a un salario bruto mensual de 3.582,71 €. Las nóminas del demandante del período comprendido entre junio de 2015 a junio del 2016 inclusive, constan en la documental de la parte demandada, lo que documento número tres y su contenido será íntegramente por reproducido.

SEGUNDO.- Desde su incorporación a la entidad a desempeñar las funciones en los períodos centros de trabajo que se indican a continuación: desde el 27/05/1997 hasta el 07/09/127, prestó servicios en la oficina 1122 como comercial; desde el 08/09/137 a 20/06/1999, presta servicios en la oficina 1839 como comercial; desde el 21/06/1999 hasta el 06/02/2000, ha prestado servicios en la oficina 1093 como comercial; desde el 07/02/2000 hasta el 25/06/2000, prestó servicios como técnico de activos adjudicados comerciales, en el área de activos adjudicados; desde el 26/06/2000 hasta el 06/02/2001 prestó servicios en la gerencia de asesoría jurídica como técnico asesor jurídico; desde el 07/02/2001 hasta el 25/01/2004 prestó servicios en el área de asesoría jurídica de banca comercial, como técnico asesor jurídico; desde el 26/01/2004 hasta el 16/02/2005 prestó servicios como comercial en la oficina 1957; desde el 17/02/25 hasta el 22/05/2005, ha prestado servicios en la oficina 1153 como comercial; desde el 23/05/2005 al 07/10/2007 ha prestado servicios en la oficina 1321 como comercial; desde el 08/10/2007 a 31/01/2008, ha prestado servicios en la oficina 1962 como comercial desde el 01/02/2008 hasta el 02/11/2008 ha prestado servicios en la oficina 1944 como comercial; desde el 03/11/2008 hasta el 03/02/2009 ha prestado servicios en la oficina 2444 como comercial; desde el 04/02/2009 al 12/04/2.009 ha prestado servicios en la oficina 2215 como comercial; desde el 13/04/2009 al 22/09/2.009 ha prestado servicios en el Centro de conciliación y tramitación, como técnico de negociación; desde el 23/09/2009 hasta el 31/05/2011 ha prestado servicios en el área de recuperaciones como técnico de seguimiento en el área de relaciones; desde el 01/06/2011 hasta el 18/10/2012 ha prestado servicios en el departamento de subastas y litigios como técnico de recuperaciones minoristas empresas; desde el 19/10/2012 hasta el 09/05/2014 ha prestado servicios en la oficina de 1048 como comercial; desde el 10/05/2014 hasta el 17/07/2014 en la oficina 1760 como comercial; desde el 18/07/2014 hasta el 31/08/2014, ha prestado servicios en la oficina ágil 1735 como comercial de oficina ágil; desde el 01/09/2014 hasta el 08/07/2015 ha prestado servicios en la oficina ágil 1307 como comercial de oficina ágil; desde el 09/07/2015 al 30/09/dos 15 ha prestado servicios en el centro de recuperaciones de Madrid este como comercial del centro de relaciones; desde el 01/10/2015 hasta el 18/10/2015 ha prestado servicios en el centro de recuperaciones Madrid este como comercial y desde el 19/10/2015 hasta el 07/06/2016 a prestado servicios en la oficina ágil 1950 como comercial de oficina ágil.

TERCERO.- En fecha 10 de junio de 2013, y se notificó a BANKIA el embargo de salarios y pensiones procedentes del juzgado de primera instancia número 14 de Sevilla, relativa a la ejecución de títulos judiciales 2218/2012, y por el que en virtud de lo establecido en el artículo 707 de la ley de Enjuiciamiento civil se procedería a realizar una retribución mensual de 724,81 € en la nómina de junio de 2013 a mayo de 2025 inclusive y asimismo se le practicaron una retención mensual de 50,82 € en la próxima nómina de junio de 2025, para completar la deuda reclamada que ascendía a 103.698,65 €. Dichas retenciones fueron suspendidas por acuerdo del juzgado de primera instancia número 14 de Sevilla, en virtud de lo previsto el artículo 235.2 de la Ley Concursal acordada el 25 de enero de 2016.

CUARTO.- En fecha 16 de diciembre de 2015 el demandante solicitó al Notario don CARLOS ENTRENA PALOMERO la designación de un mediador concursal para poder alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos dentro de mediador concursal con esa fecha al encontrarse en aquel entonces en situaciones de insolvencia y dentro de los presupuestos subjetivos y objetivos exigidos por la ley concursal para solicitar la iniciación de dicho expediente de acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, y no estando enfermo contra las prohibiciones previstas en el artículo 231 de la ley concursal . El contenido de dicha solicitud consta de los documentos 93 a 110 de la parte actora, y su contenido se da íntegramente por reproducido tras la tramitación



correspondiente fue designada como mediadora doña María Antonieta . Tras los trámites establecidos en la ley cinco/dos 12, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles se procedió la tramitación del correspondiente procedimiento que finalizó con el acta de la junta de acreedores para la promulgación del acuerdo extrajudicial de pagos propuestos por el hoy demandante celebrada el 28 de enero de 2016 para la votación del acuerdo extrajudicial de pagos del templo, don Dimas , constituyéndose en debida forma la junta y asistiendo el demandante así como representantes de Banco CAIXA GERAL y TTI FINANCE, habiéndose recibido el voto en contra del acuerdo por parte de la entidad BANKIA., y estando también como acreedores del demandante, BANCO DE SANTANDER, BANCO POPULAR-E AMERICAN EXPRESS, que no comparecieron al acto y tampoco manifestaron su intención de voto. Tras exponer la propuesta realizada por el deudor los acreedores comparecientes, esto es banco CAIXA GERAL y TTI FINANCE, presentes expresaron el voto en contra de la propuesta al igual que los otros dos acreedores que no asistieron al acto, BANKIA y LA CAIXA, por lo que finalizó el acto con la aprobación del acuerdo extrajudicial de párrocos, lo que se notificó al notario don Carlos entrena y se acordó la solicitud del concurso consecutivo ante los juzgados de instancia de Madrid. En fecha 26 de mayo de 2016 fue publicado mediante edictos en el boletín oficial del Estado, la declaración del concurso dictada por el juzgado de primera instancia número 40 de Madrid, número de asunto 168/2016 del juzgado y fecha del auto de declaración de 20 de abril de 2016 siendo el tipo de concurso un concurso consecutivo voluntario y designando como administradora concursal a doña María Antonieta . En cuanto al régimen de facultades, se ordenó la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor y su sustitución en ellos por parte de la administración concursal, sobre todos los bienes y derechos del concursado, que debe integrarse en la masa del concurso

QUINTO.- En fecha 10 de junio de 2016 la empresa demandada notificó mediante carta de 7 de junio de 2016 en la que le comunicaba el despido al demandante por causas objetivas recogidas en el apartado de d del artículo 52 del estatuto de los trabajadores con efectos de 7/6/2.016 siendo el contenido de la carta el siguiente:

"Muy señor mío,

Mediante la presente le comunicamos la decisión de la Entidad de dar por extinguida su relación laboral por las causas objetivas previstas en el apartado de la del artículo 52 de Estatuto de los Trabajadores , con efectos desde el día 07/06/2016.

Esta decisión extintiva se basa en que el último año, Vd. tiene faltas de asistencia trabajo equivalentes al 20 por todas las jornadas hábiles en dos meses consecutivos y al 25% en cuatro meses no consecutivos , en virtud de lo establecido en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores , según el detalle que se establece a continuación:

Fecha de baja I.T. Fecha alta I.T. Días naturales

09/10/2015 ... 243

Además de lo expuesto anteriormente, el número de procesos de I. T./ausencias en los últimos años asciende a 597 días, tal y como consta en el cuadro que se incluye a continuación:

Fecha baja I. T.

/Enfermedad sin baja Fecha alta I. T.

/Reincorporación Días naturales

25/09/2015 29/09/2015 5 días

05/08/2015 07/08/2015 3 días

17/10/2014 24/10/2014 8 días

25/11/2014 25/11/2014 1 día

29/07/2014 29/07/2014 1 día

01/11/2013 08/04/2014 159 días

15/10/2012 31/10/2013 382 días

16/04/2012 20/04/2012 5 días

11/04/2011 13/05/2011 33 días

Por tanto, desde el año 2011, el número total ausencias asciende a 840 días.

Y de conformidad con lo establecido en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores , con esta fecha se procede ordenar el abono de la cuenta en la que venía percibiendo su movilidad, una indemnización total por importe de cuarenta y un mil novecientos dieciocho euros con dieciocho céntimos de euro (41.918,18



€), correspondientes a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades.

Adicionalmente, le comunicamos que la liquidación, saldo y finiquito asciende la cantidad de tres mil quinientos setenta y dos euros con once céntimos de euro (3.572,11 €), según desglose que se acompaña al presente documento. Dicha cantidad incluye la compensación correspondiente por la no concesión del plazo de preaviso de 15 días establecido en el apartado se) del artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque asciende a mil quinientos noventa y cuatro euros con veintisiete céntimos brutos (1.594,27 €).

El importe del finiquito le será ingresado en la cuenta en la que viniera percibiendo su nómina. Con la liquidación de cantidades quedo extinguida, saldada y finiquitada la relación laboral, así como los conceptos y cantidades derivados del Sistema de Previsión social complementaria aplicable a la empresa, sin que tengan un importe reclamación pendiente por concepto contra, BANKIA S.A.

SEXTO.- El demandante ha percibido el importe de 41.918,18 € en concepto de indemnización por despido objetivo así como el importe de 3.532,11 €, en concepto de liquidación.

SEPTIMO.- La empresa demandada tiene contratada el servicio de identificación de clientes deban que declaradas en concurso de acreedores siendo ésta la empresa BPO RECUPERACIÓN DE CONCURSOS (ACCENTURE), habiendo establecido la entidad BANKIA S.A., un manual de cuando hayan sido declarados en concurso de acreedores los clientes de la entidad y poder identificar a los clientes que están en esta situación, si bien además de dicho procedimiento, la administración concursal visita la oficina del deudor para comunicar que se dé de alta el concurso en los sistemas de manera previa a la publicación del concurso en el Boletín Oficial del Estado.

OCTAVO.- En fecha 26/11/2012, se alcanzó un acuerdo entre las secciones sindicales más representativas existentes en BANKIA S.A., para la implantación del sistema de retribución variable infantería. En su apartado 7.2.b se establecen los requisitos para su percibo, disponiendo que el porcentaje de cumplimiento del valor V3 ha de ser mayor o igual a 55%, ya que de no serlo no se percibiría la cantidad fijada para el índice V3. En dicho acuerdo también se establece el apartado 7.2.c, el procedimiento para poder recurrir por parte de los trabajadores en caso de discrepancia de los niveles reconocidos en los índices V2 y V3. El contenido del acuerdo consta en el bloque documental 11 de la parte demandada, y su contenido se da íntegramente por reproducido.

NOVENO.- Respecto del actor la valoración de los ejercicios 2014 y 2015 del valor V3 sistema de retribución variable en la entidad que, al igual que sus compañeros son realizadas por los superiores jerárquicos inmediatos, principalmente los directores de las agencias en las que prestan sus servicios. En el caso del demandante ha sido el siguiente:

PERÍODO EVALUACIÓN ASPECTOS A VALORAR VALORACIÓN

2014 V3 ORIENTACIÓN A RESULTADOS 70%

ORIENTACIÓN AL CLIENTE 70%

MEJORA CONTINUA 70%

RESULTADO VALORACIÓN V3 70%

2015 V3 ORIENTACIÓN A RESULTADOS 30%

ORIENTACIÓN AL CLIENTE 40%

MEJORA CONTINUA 30%

RESULTADO VALORACIÓN V3 0%

DÉCIMO.- El demandante impugnó la valoración del año 2016 relativa al valor V3, que fue presentada fecha 29/04/2016. El contenido de dicha carta consta en el documento número 13 de la parte demandada y se da íntegramente por reproducido. En ella el demandante manifiesta que para la valoración del año 2015 se debería seguir la obtenida en el año 2014 el demandante también impugnó la del año 2014. Manifestando que era merecedor de una mayor valoración según el demandante, por su labor profesional desarrollada su implicación y desempeño de sus funciones que estaban siempre encaminadas a una mayor consecución de los objetivos que le habían asignado.

UNDÉCIMO.- En relación con el ejercicio 2015, 24 empleados han mostrado su discrepancia en los niveles de logro de la V3, siendo la misma superior al 55% del grado de cumplimiento de. En relación con el ejercicio 2015 19 empleados han mostrado su discrepancia en el con los niveles de logro de la V3, inferiores a 55% del total del punto la relación los empleados en ambos supuestos constan unidas al certificado de que obra en la documental



de la parte demandada como documento número 14 anexos uno y dos y su contenido se da íntegramente por reproducido. Dichas revisiones de las valoraciones son realizadas por una Comisión mixta integrada por representantes de la empresa demandada y representantes de los trabajadores.

DUODÉCIMO.- En fecha 24/09/2015 se le remite carta advirtiéndole de la realización de un comportamiento inadecuado: dichos incumplimientos que se le imputaban eran los siguientes: después de realizar un seguimiento sobre sus funciones y su desempeño laboral de los últimos meses, hemos notado que el rendimiento de su trabajo está por debajo de lo esperado, estando poco implicado en el desarrollo de las tareas que tiene encomendadas y siendo muy reducida su contribución a los objetivos comerciales de la oficina en la que presta servicio. Su comportamiento la oficina crea un clima laboral inadecuado, tanto con los compañeros como con la dirección de la oficina, con dificultad para integrarse en un equipo de trabajo y contribuir a los objetivos de la oficina. Estos incumplimientos pueden calificarse como faltas muy graves por indisciplina y desobediencia a las normas internas, de conformidad con el artículo 78 apartado 4.2 del convenio colectivo vigente, así como en el artículo 54.2 apartado b del estatuto de los trabajadores. No obstante, y buscando más la corrección de las faltas, por medio del presente escrito le requieren con carácter de orden expresa, para que en lo sucesivo este me la atención en cuanto a la observancia y cumplimiento de las normas internas de la Entidad, y en concreto las que han dado origen a este requerimiento, pues de no hacerlo así, nos veremos obligados a imponerle con todo rigor las medidas disciplinarias previstas en la normativa vigente para estos supuestos.

DECIMOTERCERO.- En fecha 7 de abril de 2006 se le comunicó por carta una sanción imputándole el siguiente incumplimiento:

"Abusando de su condición de empleado y del puesto que ocupa Vd. en la Entidad así como vulnerando las más elementales normas internas y de la práctica bancaria, ha realizado Vd. transacciones informativas o de consulta, para conocer los productos que mantiene en el Grupo Caja Madrid con movimientos de los mismos, D. Desiderio y D^a Sacramento, sin conocimiento y autorización de los mencionados clientes y sin motivo profesional alguno que motivaron la realización de este seguimiento.

Dichas consultas las ha realizado Vd. desde las oficinas 1957, 1153 y 1321 en las que ha estado destinado.

Dicha actuación puede calificarse como falta muy grave de conformidad con lo que establece el artículo 78 apartados 4.2, 4.4 4.9, pues representan desobediencia a las tropas internas de la Entidad, trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza respecto de la entidad y que los clientes, y de conformidad con lo establecido en el artículo 54.2 apartados b) y d) del estatuto de los trabajadores.

No obstante, a pesar de la calificación estas faltas como liberales, se ha decidido imponer a Vd. la sanción de suspensión de empleo y sueldo por tres meses, medida que tendrá efectos a partir del día 7 de abril, advirtiéndole que en caso de reincidir en este tipo de incumplimientos se aplicarán con todo rigor las sanciones correspondientes este tipo de conductas.

DECIMOCUARTO.- En el año 2016 se han efectuado un total de 10 despidos objetivos por absentismo en entidad demandada. Las cartas de despido de dichos empleados constan en el documento número 17 de la parte demandada y su contenido se da íntegramente por reproducido.

DECIMOQUINTO.- El 27 de mayo de 2014 el demandante solicitó un certificado de categoría profesional y funciones para presentar ante el Instituto de empresa de Madrid la documentación necesaria para poder ser admitido en el master de asesoría jurídica de empresas, siendo expedido el correspondiente certificado en fecha 18/05/2014 en el que constaba las funciones realizadas los períodos en que dichas funciones les había realizado el contenido de dicho certificado que consta en el documento 18 y se da íntegramente por reproducido. Asimismo en fecha 09/10/2014 le fue expedido nuevo certificado de categoría profesional y funciones para presentarlo ante el Instituto de empresa de Madrid con motivo de su inscripción en master asesoría jurídica de empresas, que fue expedido de los 2014.

DECIMOSEXTO.- Los cambios de agencia donde presta tres servicios los empleados, son efectuados en forma verbal por la dirección de recursos humanos y sólo cuando el cambio supone un cambio de horario o de funciones se procede a su comunicación por escrito.

DECIMOSÉPTIMO.- El demandante ha estado de baja por incapacidad temporal desde 09/10/2015, habiendo sido dado de baja por ansiedad, situación que está prorrogada por propuesta de resolución del Instituto nacional de la seguridad social de fecha 20 /10/2016 y que se mantiene hasta el 03/03/2017. En el informe emitido por el servicio de salud de la fundación Jiménez Díaz de fecha cuatro/01/2017 se hace constar como antecedentes psiquiátricos que en 2008 el demandante estuvo dos meses de seguimiento psiquiátrico en el Centro de salud mental de retiro, a causa de la enfermedad terminal de la madre (demencia). En 2012 sufre otro antecedente psiquiátrico derivado de un conjunto de sucesos consistentes en el fallecimiento la interrupción del embarazo no deseado de su pareja y a una situación de malestar laboral. El demandante este seguimiento en el Centro Salud



Mental de la Fundación Jiménez Díaz, desde diciembre del año 2015 y en el Centro de apoyo específico tras la situación de duelo producido más recientemente. Fue derivado por el médico de Atención Primaria con la nota de ansiedad por problemas laborales, presentando gran ansiedad. Asimismo se hace constar que desde la mitad del 2014 donde tiene una recuperación del episodio de recibo reactivo previo, pero que en los seis meses previos a la primera consulta tiene lugar una recaída sintomática, sobre los duelos no resueltos (hijo perdido, fallecimiento de la madre) y con un desencadenante directo en la situación de su entorno laboral a referir la existencia de un conflicto laboral con tiempo de evolución. La evolución hasta el momento de emisión de también es lenta y se ha complicado con el fallecimiento del padre en marzo de 2016 y su despido en junio del 2016.

DECIMOCTAVO.- No consta que el demandante tras haber sido trasladado a distintas agencias o los distintos puestos de trabajo, haya procedido a su impugnación, teniéndose por conforme con dichos cambios, y sin que haya interpuesto ninguna acción judicial, acto previo obligatorio antes de la interposición de la correspondiente acción administrativa o judicial.

DECIMONOVENO.- A través del Departamento de Recursos Humanos, y más concretamente de la responsable directa del demandante en dicho Departamento, se le ha presentado a tres procesos de selección al objeto de promocionar una, no habiendo superado dos de ellos y aceptando el demandante propuesto consistente en su traslado a la oficina de recuperaciones de torrejón de Ardoz, por ser éste adecuado a su perfil.

VIGÉSIMO.- La parte actora, no ostenta ni ha ostentado en el último año la representación legal ni sindical de los trabajadores y no consta que esté afiliado a sindicato alguno.

VIGÉSIMO PRIMERO.- La parte actora interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC el 29/06/2.016, celebrándose la acto el 19/07/2.016 con el resultado de intentado sin avenencia."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

" Que estimando en parte la demanda formulada por don Dimas contra BANKIA S.A., y con intervención del Ministerio Fiscal, en reclamación de DESPIDO, se declara la improcedencia del mismo, condenando a BANKIA S.A. a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la sentencia opte entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir desde el día siguiente al de la efectividad del despido a razón de 117,46 € diarios, en cuyo caso el demandante, una vez firme la sentencia deberá reintegrar el importe de la indemnización de 41.918,18 €, o el abono de una indemnización en cuantía de 84.571,20 €, de la que se ha de descontar el importe ya abonado de 41.918,18 €."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por la letrada DOÑA MARGARITA TRIGO BENITO en representación de la demandada.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 14 de noviembre de 2017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 8 de marzo de 2018 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- C on amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa el recurrente que se añada al hecho probado cuarto el siguiente párrafo:

"Respecto a la falta de activo y exoneración del pasivo, en el edicto publicado en el BOE de 26 de mayo de 2016 se señala que la tramitación del concurso lo era a los únicos y exclusivos efectos de pronunciarse sobre la procedencia de la exoneración de pasivo insatisfecho."

Remitiéndose para ello al edicto aludido, obrante al folio 159 de los autos.

La adición se inadmite por ser irrelevante para el resultado del pleito.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución , en relación con la doctrina relativa a la garantía de indemnidad, así como del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 112 y 113 de la citada ley procesal, alegando que fue brevísimo el tiempo transcurrido entre la publicación en el BOE de su concurso, el 26 de mayo de 2016, y la fecha del despido, 7 de junio de 2016, así como también entre esta fecha y la de impugnación de su última valoración profesional respecto al año 2015, el 29 de abril



de 2016, considerando que la verdadera causa del despido fueron dichas circunstancias, alegando la empresa una causa ficticia y una maniobra consistente en crear la cantidad indemnizatoria que la propia demandada bloqueaba para asegurarse que llegaba a la masa activa del concurso y por tanto a sus propias manos. Señala que no puede ser despedido por estar en incapacidad temporal y por tanto el contrato suspendido, ni puede ser incluido en un procedimiento de despido colectivo al no haber ninguno vigente. Resalta que el único periodo dentro de los 12 meses anteriores al despido es el que hace referencia a su última baja en vigor desde el 9 de octubre de 2015, pero además computa faltas de asistencia de 2011, debiéndose excluir del cómputo las bajas de más de 20 días consecutivos, por lo que la última baja no puede servir para el despido, por lo que concluye que el despido carece de causa. Señala que las deudas que mantenía con Bankia y que se integran en el concurso, tienen naturaleza laboral y que la empresa incumpliendo sus propias normas de funcionamiento no bloqueó sus cuentas cuando se publicó el edicto, para que entrase en las mismas la indemnización por despido y el finiquito. De ello colige que, siendo absolutamente vacía de contenido la carta de despido, el verdadero motivo de éste es la acción civil ejercitada por su parte en solicitud del concurso. Además se refiere a la sanción que se le impuso el 24 de septiembre de 2015, frente a la que presentó pliego de descargos sin recibir respuesta pese a la obligación establecida en el convenio; asimismo respecto de su valoración profesional al 0%, comunicada el 12 de abril de 2016, efectuó una impugnación y de su escrito se deriva el ejercicio de una acción extrajudicial para el reconocimiento de sus derechos, por lo que en ambos casos reaccionó con actos preparatorios de la vía judicial, incluidos en la garantía de indemnidad. Finalmente considera vulnerada la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016, relativa a la nulidad del despido en situación de incapacidad temporal prolongada, cuestión que si bien no se alegó en la instancia, considera queda a salvo de la prohibición de ser analizada en sede de suplicación, por ser de orden público procesal susceptible de ser examinada de oficio, aduciendo que su depresión mayor vino motivada por un componente esencialmente laboral, debido a los sucesivos cambios de puesto de trabajo, que redundan en perjuicio de su máximo desempeño alcanzado como letrado o asesor jurídico, así como en su dignidad y formación, padeciendo depresión mayor, entendiéndose que su incapacidad no presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, tratándose de una limitación de la capacidad duradera y por tanto una discapacidad a efectos de la directiva 2000/78, por lo que el trato desfavorable es contrario a su protección y constituye una discriminación ex artículo 2.1 de la misma, por todo lo cual considera que el despido ha de ser declarado nulo debiendo ser readmitido y reclamando una indemnización por perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales, de 20.000 euros.

Por la empresa se pone de manifiesto en su escrito de impugnación que no se despidió al actor por declararse en concurso voluntario, dado que la gestión de los concurso está externalizada en la empresa BPO RECUPERACIÓN DE CONCURSOS (ACCENTURE), por lo que difícilmente BANKIA conocía ni la solicitud ni la declaración del concurso y además no era la única acreedora sino que hay un total de siete; indica que la comunicación de 24 de septiembre de 2015 no era una sanción sino una orden, para que en lo sucesivo cumpliera las normas internas de la entidad y en las alegaciones presentadas por el actor voluntariamente, no se hace alusión alguna al ejercicio de una acción judicial, considerando patente la desconexión temporal entre ese momento y el del despido y del mismo modo considera que la reclamación o discrepancia del actor respecto a su valoración profesional no entraña una acción preparatoria al ejercicio judicial ni puede establecerse relación de causalidad con el despido, porque no es un hecho insólito que un empleado muestre su discrepancia a la evaluación profesional de su superior jerárquico, estando probado que un total de 24 empleados mostraron sus disconformidad respecto de su valoración del año 2015. Finalmente en cuanto a la nulidad del despido en situación de incapacidad temporal prolongada, se trata de una cuestión nueva que no considera de orden público procesal y que de haber sido alegada en la instancia le hubiera permitido efectuar las oportunas alegaciones y practicar la correspondiente prueba, por lo que su reconocimiento ahora le generaría indefensión, pero además estima que no concurren los presupuestos para tal declaración de nulidad, estando probado que su depresión proviene de hechos ajenos a la empresa. Por todo lo cual concluye que no hay motivo alguno para la nulidad interesada.

El despido ha sido declarado improcedente en la resolución impugnada, afirmando el actor que no podía ser despedido por estar el contrato suspendido por la incapacidad temporal, lo que en la actualidad carece de todo soporte legal y no puede tenerse en consideración, y pretendiendo que se declare nulo por haberse vulnerado su garantía de indemnidad y por discriminación por su situación en incapacidad temporal de larga duración.

Considera indicios de la vulneración de su derecho fundamental que pocos días antes del despido se había declarado en situación de concurso voluntario, siendo BANKIA acreedor y que manifestó su protesta por su valoración profesional en abril de 2016.

Al respecto hemos de tener en cuenta lo que se deduce del relato de probados:

1º) El actor es empleado de BANKIA desde 1997.



2º) En septiembre de 2015 se le advirtió por la empresa de su bajo rendimiento, ordenándole que prestase más atención al cumplimiento de las normas internas y apercibiéndole de que de no hacerlo así se le impondrían medidas disciplinarias.

3º) La valoración del actor correspondiente al ejercicio 2015, arrojó los resultados que constan en el hecho probado décimo, siendo por él impugnada con fecha 29 de abril de 2016.

4º) Han sido 24 empleados los que han presentado reclamación a su valoración correspondiente a 2015, revisándose las valoraciones por una comisión mixta integrada por representantes de la empresa y de los trabajadores.

5º) En diciembre de 2015 solicitó la designación de un mediador concursal y el 28 de enero de 2016 se celebró junta de acreedores, a la que asistieron varios acreedores, no haciéndolo BANKIA.

6º) El 26 de mayo de 2016 fue publicada la declaración del concurso por edictos en el BOE.

7º) El actor ha estado de baja por ansiedad desde el 9 de octubre de 2015 hasta al menos el 3 de marzo de 2017.

Tales hechos no constituyen indicio alguno de vulneración de la garantía de indemnidad del actor por cuanto ninguna acción ha anunciado el mismo frente a la empresa, habiéndose limitado a impugnar su valoración como han hecho otros muchos trabajadores sin consecuencia alguna, y estando tal impugnación prevista hasta el punto que existe una comisión mixta para revisar las valoraciones, por lo que no hay en la protesta del actor ninguna actuación que la empresa pueda tratar de reprimir vulnerando su garantía de indemnidad, no teniendo tampoco el hecho de que el actor haya sido declarado en concurso ninguna trascendencia en su relación laboral, siendo irrelevante que uno de sus acreedores sea BANKIA por préstamos o anticipos concedidos en atención a tal relación, no pudiéndose deducir de tal circunstancia ningún viso de que la empresa pudiera proceder al despido en represalia, por lo que, en fin, aplicando la doctrina que transcribe el juzgador a quo, es lo cierto que no cabe la inversión de la carga de la prueba, porque no hay apariencia lesiva alguna y carece de todo fundamento la afirmación del recurrente respecto de la apropiación por BANKIA de la indemnización por su posición de acreedor, porque, como acertadamente pone de manifiesto el juzgador a quo " *De la prueba se acredita que el demandante está inhabilitado para administrar sus bienes por lo que en el caso de abonar la cuantía de la indemnización por despido dicho crédito no se queda en propiedad la entidad demandada, sino que está sometido a los repartos correspondientes establecidos por disposiciones legales de la Ley concursal. Y que en caso de haberse producido el despido con anterioridad a la declaración del concurso, dichas operaciones están afectadas de la acción de reintegro a las que se refiere el artículo 71 de la Ley concursal , y por tanto en caso de haber atentado contra la masa activa pueden ser objeto de rescisión.*"

En cuanto a la alegación de discriminación por su situación de incapacidad temporal de larga duración, se trata, como reconoce el propio recurrente, de una cuestión nueva, no planteada en la demanda ni en el acto del juicio y que no puede por tanto atenderse por la Sala, porque ello ocasionaría indefensión a la demandada, vulnerándose el artículo 24 de la Constitución , pero, en cualquier caso, no se dan las circunstancias que permiten apreciar una discapacidad del actor, a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia (UE) Sala 2ª, S 9-3-2017, nº C-406/2015 :

*36 En primer lugar, el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (sentencia de 1 de diciembre de 2016 , **Daouidi**, C-395/15, EU:C:2016:917 , apartado 42 y jurisprudencia citada).*

Estableciendo la sentencia citada del Tribunal de Justicia (UE) Sala 3ª, S 1-12-2016, nº C-395/2015 , lo siguiente:

"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, debe interpretarse en el sentido de que:

- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad , aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva



bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

- Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales."

Y en el presente caso cuando el despido tiene lugar el actor llevaba de baja nueve meses, con un diagnóstico susceptible de mejoría, máxime cuando la enfermedad ha venido propiciada por factores exógenos, por lo que en modo alguno puede tener la consideración de discapacidad conforme a la doctrina transcrita.

En corolario no hay motivo alguno para apreciar una vulneración de los derechos fundamentales del actor por parte de la empresa y el recurso se desestima.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 998/2017 formalizado por el letrado DON ENRIQUE ORTIZ SIERRA, en nombre y representación de DON Dimas , contra la sentencia número 68/2017 de fecha 27 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 38 de los de Madrid , en sus autos número 747/2016, seguidos a instancia del recurrente frente a BANKIA, S.A., siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por despido y confirmamos la resolución impugnada. SIN COSTAS.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0998-17 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE* , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000099817) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN



Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ