



Roj: **ATS 5327/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5327A**

Id Cendoj: **28079140012020201143**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2020**

Nº de Recurso: **2980/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Fecha del auto: 09/07/2020

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2980/2019

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Transcrito por: YCG/RB

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2980/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D.^a María Lourdes Arastey Sahún

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 9 de julio de 2020.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social Nº 3 de los de Gerona se dictó sentencia en fecha 11 de abril de 2018, en el procedimiento nº 666/2017 seguido a instancia de D. Leon y Confederació Sindical de la Comissió



Obrera Nacional de Catalunya (CC.OO) contra D. Marcos y Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, sobre vulneración de derechos fundamentales y reclamación de cantidad e indemnización de daños y perjuicios, que estima parcial la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por D. Leon y Confederació Sindical de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya (CC.OO) y Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 6 de marzo de 2019, número de recurso 5444/2018, que desestima el recurso interpuesto por Serveis Municipals de Neteja de Girona SA y estima en parte el interpuesto por D. Leon y Confederació Sindical de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya (CC.OO) y, en consecuencia, revocaba parcialmente la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 28 de junio de 2019 se formalizó por la letrada D.^a Agatha Mur Minguell en nombre y representación de Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

CUARTO.- Esta Sala, por providencia de 28 de febrero de 2020, acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011.

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 6 de marzo de 2019 (Rec. 5444/2018), revoca parcialmente la de instancia para fijar en 6.251 euros el daño moral a CCOO y en 25.001 euros el daño moral del trabajador, confirmando el resto de pronunciamientos, en particular, la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical del demandante y condena a abonar complementos salariales, nocturnidad e interés legal. Argumenta la Sala, a lo que a efectos del presente recurso de casación para la unificación de doctrina interesa: 1) Que la indemnización por daños morales debe fijarse atendiendo a la gravedad de la conducta que recae sobre un miembro del comité de empresa del sindicato CCOO, que es encuadrable en el art. 8.12 LISOS, debiéndose considerar la sanción en su grado medio e importe mínimo, por lo que conforme a dicha norma, le corresponden 25.001 euros; 2) Que la conducta empresarial vulnera el derecho a la libertad sindical del trabajador en cuanto que representante de los trabajadores, causando un perjuicio al sindicato al que pertenece, por lo que declarada la violación del derecho fundamental, se presume la existencia de daño moral, debiendo encuadrarse la conducta en el art. 8.12 LISOS pero en su tramo mínimo y cuantía mínima por importe de 6.251,00 euros; 3) Que la empresa ha llevado a cabo una conducta antisindical y discriminatoria contra el trabajador por su condición de representante de los trabajadores, traducida en el retraso en el pago o impago de los pluses devengados de las sustituciones durante los periodos de horas sindicales y descansos, así como arbitrariedad a la hora de asignar al demandante las sustituciones de conductores con el perjuicio económico correspondiente y falta de información suficiente para el desempeño de la sustitución en cuanto a



los planos facilitados, ya que conforme se desprende del relato de hechos probados, afecta al trabajador la falta de pago o retraso en el pago de los pluses devengados o las sustituciones realizadas o impago de los pluses devengados de las sustituciones durante los periodos de horas sindicales y descansos, sin que la empresa haya intentado variar dicha afirmación, negando, simplemente, que se haya conculcado el derecho a la libertad sindical ya que el problema reside en la distinta interpretación respecto del modo en que han de abonarse las sustituciones en relación a si el servicio era o no prestado efectivamente; y 4) Añade la Sala respecto de la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, que no se sostiene que la empresa pretenda una interpretación unilateral de un artículo del convenio colectivo para justificar la situación a la que se ve sometido, cuando la situación afecta únicamente al actor y no al resto de miembros del comité de empresa.

Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina la empresa, planteando tres motivos de casación unificadora: 1) En el primero alude a que no existen indicios suficientes para apreciar vulneración del derecho a la libertad sindical, no siendo suficiente la mera alegación para suponer la inversión de la carga de la prueba, para lo que invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), de 8 de junio de 2016 (Rec. 294/2016); 2) El segundo en el que mantiene que no se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical del sindicato por lo que no procede la condena a indemnizarle, para lo que invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de noviembre de 2016 (Rec. 645/2015); y 3) En el tercero, alega que es irrazonable la indemnización por daños morales tanto al trabajador como al sindicato, al no concurrir la infracción muy grave del art. 8.12 LISOS, sino en su caso la del art. 7.8 LISOS, para lo que invoca de contraste la sentencia que cita como sentencia del "TSJ Madrid, de fecha 15 de noviembre del 109 (AS 2019/234)", sentencia transcrita erróneamente, porque la sentencia con dicha identificación refiere a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de noviembre de 2019 (Rec. 571/2018), por lo que tratándose de un simple error de transcripción, para garantizar absolutamente el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte, se examinará el cumplimiento de las exigencias legales del recurso respecto de dicha sentencia.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), de 8 de junio de 2016 (Rec. 294/2016), invocada de contraste para el primer motivo de casación unificadora, confirma la de instancia que desestimó la demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo, vulneración de derechos fundamentales y reclamación por daños, por entender la Sala que la parte solicita en la demanda que se declare nula o subsidiariamente injustificada la medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo notificada al actor el 4 de febrero de 2016, condenando a la Universidad de Burgos a reponer al actor en las anteriores condiciones de trabajo Grupo I (Coordinador de Cursos de Informática), se declare la existencia de violación de derechos fundamentales (igualdad y no discriminación, dignidad personal, integridad física, garantía de indemnidad y libertad sindical), y se condene al abono de 40.000 euros por daños y perjuicios, siendo así que la medida no supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo, al suponer una adscripción provisional del actor hasta que se celebre el concurso de traslados correspondiente, por lo que al no tratarse de una modificación definitiva, no puede ser considerada sustancial, máxime cuando la misma trae causa de la aprobación de una nueva Relación de Puestos de Trabajo que implica la desaparición de alguno de ellos y otros de nueva creación, lo que supondrá un proceso de adecuación necesario para su encuadramiento, tiempo mínimo que no transcurrió cuando el actor interpone demanda a los 4 días de habersele notificado la resolución impugnada en la que provisionalmente se le adscribía, hasta que se celebrase el correspondiente concurso de traslados, al puesto de nueva creación de Técnico Especialista en Información y Orientación Universitaria. Añade la Sala que la mera alegación de vulneración de un derecho fundamental, como es la libertad sindical, no presupone una inversión en la carga de la prueba, sin que se pueda desprender de los hechos probados que se haya producido ninguna vulneración del derecho a la libertad sindical, ya que lo único que consta es que el actor es delegado sindical, lo que por si solo no es un hecho indiciario suficiente para invertir la carga de la prueba.

De lo relacionado se desprende que no puede apreciarse la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, teniendo en cuenta que no existe identidad ni en los hechos que constan probados ni en las pretensiones de las partes, siendo diferentes los debates planteados y resueltos en ambas sentencias, ya que la sentencia recurrida considera vulnerado el derecho a la libertad sindical cuando la empresa lo que entiende es que existen discrepancias en la interpretación de cómo deben abonarse las sustituciones conforme a la norma convencional, siendo el actor el único miembro del comité de empresa al que le afectan medidas de retraso en el pago o impago de pluses devengados de las sustituciones durante los periodos de horas sindicales y descansos, y arbitrariedad a la hora de asignar sustituciones, mientras que la sentencia de contraste entiende que no se vulnera derecho alguno cuando no se dan indicios de dicha vulneración, aparte del simple hecho de que el actor sea un delegado sindical, siendo así, además, que la sentencia recurrida se dicta en procedimiento de tutela de derechos fundamentales mientras que la sentencia de contraste se dicta en procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo.



SEGUNDO.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de noviembre de 2016 (Rec. 645/2015), invocada de contraste para el segundo motivo de casación unificadora, declara nula la sanción impuesta al recurrente en su condición de afiliado al sindicato UGT y miembro del comité de empresa, ordenando su reincorporación al sindicato con plenos efectos y la reposición de su situación como miembro activo anterior a la sanción impuesta, por entender la Sala que no resulta razonable ni proporcional que se acuda al artículo 72 de los Estatutos para justificar una conducta incumplidora como son proferir palabras injuriosas, calumniosas y difamatorias, y menos otorgarle el carácter de públicas, cuando los hechos por los que fue sancionado el afiliado se produjeron en una reunión interna informal con determinados compañeros, habiéndose disculpado de haber proferido esas palabras en la misma reunión y al día siguiente, y refiriendo las mismas a la actuación de la sección sindical, por lo que no atentan a la dignidad del sindicato. Añade la Sala que la sanción impuesta consistente en exclusión de la vida orgánica del sindicato y separación de cargos electos y/o representación e inhabilitación para ocupar los mismos por periodo de 13 meses, pudo tener como finalidad la de impedir al demandante presentarse como candidato a las elecciones sindicales que tuvieron lugar el 4 de diciembre de 2014, y a la que no pudo presentarse como consecuencia, precisamente de la sanción impuesta, existiendo indicios de vulneración del derecho a la libertad sindical y libertad de expresión que no se han desvirtuado por la empresa. Por último, señala la Sala que el actor no ha cuantificado, ni tan siquiera mínimamente, los daños morales y no debe entenderse cumplido este requisito con la valoración de unos daños materiales, como son los honorarios del Letrado actuante, debiendo ser el daño moral objeto de prueba, lo mismo que el daño material, sin que surja de manera automática.

No puede apreciarse la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, teniendo en cuenta que no existe identidad en los hechos que constan probados, ni en las pretensiones de las partes, ya que la sentencia recurrida trae causa de la demanda de tutela de derechos fundamentales presentada por el actor en que alegaba vulneración el derecho a la libertad sindical teniendo en cuenta el retraso en el pago o impago de pluses devengados de las sustituciones durante los periodos de horas sindicales y descansos, y arbitrariedad a la hora de asignar sustituciones, mientras que la sentencia de contraste trae causa de la demanda de tutela presentada por quien fue sancionado por el sindicato con la exclusión de la vida orgánica del sindicato y separación de cargos electos y/o representación e inhabilitación para ocupar los mismos por periodo de 13 meses, por decir en una reunión "ratas de alcantarilla" y que la sección estaba "putrefacta y corrupta", de lo que se disculpó en dos ocasiones, impidiéndole la sanción presentarse a las elecciones sindicales. Respecto de la indemnización, no pueden considerarse los fallos contradictorios cuando en la sentencia recurrida se determina que habiéndose producido la vulneración de derechos fundamentales, y además solicitándose la indemnización utilizando como parámetro las infracciones y sanciones de la LISOS, procede ésta en la cuantía determinada en el art. 8.12, por encuadrarse las conductas en dicho precepto, mientras que la sentencia de contraste determina que no se puede condenar a indemnizar, cuando no se cuantifican ni siquiera mínimamente los daños morales.

TERCERO.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de noviembre de 2018 (Rec. 571/2018), invocada de contraste para el tercer motivo de casación unificadora, confirma la sentencia de instancia que declaró vulnerado el derecho a la libertad sindical, debiendo la empresa reponer al trabajador en la integridad de sus derechos retributivos por el concepto de incentivos, devengos circunstanciales anteriores al momento de producirse la lesión del derecho fundamental, mientras se mantenga su condición de liberado sindical, conforme las cantidades que constan en el fallo y 3000 euros en concepto de indemnización por daños morales. Argumenta la Sala respecto de la solicitud de incremento de la indemnización hasta 6.000 euros, que ello no procede, ya que si bien es competencia del órgano de instancia la cuantificación de la indemnización por daño moral, ello no obsta para que sea fiscalizable en suplicación, debiéndose tener en cuenta que el daño moral nunca puede llegar a ser verdaderamente resarcido sino que simplemente puede compensarse en cierta medida, sin que la cifra de 3000 euros pueda considerarse desproporcionada a la vista de la reiterada vulneración de la libertad sindical.

No puede apreciarse la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, teniendo en cuenta que no existe identidad en los hechos que constan probados ni en las pretensiones de las partes, debiendo además tenerse en cuenta que no pueden considerarse los fallos contradictorios cuando ambas sentencias condenan al abono de una indemnización por daños morales, si bien cuantificada en la sentencia recurrida conforme a lo dispuesto en el art. 8.12 LISOS, mientras que la sentencia de contraste no fundamenta la cuantificación del daño en dicha norma, considerando la sentencia de contraste por lo tanto, que la cuantificación efectuada por la sentencia de instancia, en atención a la vulneración del derecho a la libertad sindical, consistente en no abonar los incentivos correspondientes al semestre en que se ostentaba la condición de representante de los trabajadores y se comunicó la condición de liberado sindical del actor, es adecuada y no es desproporcionada, siendo así que la sentencia recurrida cuantifica la indemnización en atención a que la vulneración del derecho



fundamental -que nada tiene que ver con la vulneración apreciada en la sentencia de contraste- se encuadra en un precepto de LISOS que sirve para determinar la cuantía de la indemnización.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones no quedan desvirtuadas en modo alguno por lo que la parte esgrime en su escrito de alegaciones de 19 de marzo de 2020 en el que discrepa de lo razonado por esta Sala en su providencia de 28 de febrero de 2020, sin aportar elementos novedosos y relevantes al respecto o argumentos jurídicos que desvirtúen el contenido de la misma, ya que se limita a reiterar lo ya expuesto en el escrito de interposición del recurso en relación con la existencia de contradicción respecto de los tres motivos, recurso del que incluso transcribe partes, lo que no es suficiente.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 219 y 225 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede declarar la inadmisión del recurso, con imposición de costas en cuantía de 300 euros por parte personada recurrida, pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose en su caso a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.^a Agatha Mur Minguell, en nombre y representación de Serveis Municipals de Neteja de Girona SA contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de marzo de 2019, en los recursos de suplicación número 5444/2018, interpuestos por D. Leon y Confederació Sindical de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya (CC.OO) y Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Gerona de fecha 11 de abril de 2018, en el procedimiento nº 666/2017 seguido a instancia de D. Leon y Confederació Sindical de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya (CC.OO) contra D. Marcos y Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, sobre vulneración de derechos fundamentales y reclamación de cantidad e indemnización de daños y perjuicios.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, con imposición de costas en cuantía de 300 euros por parte personada recurrida, pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose en su caso a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.