



Roj: **STS 7841/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7841**

Id Cendoj: **28079140012000101082**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2000**

Nº de Recurso: **659/2000**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**

Ponente: **JOSE MARIA BOTANA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Octubre de dos mil.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado D. David Isaac Tobía García, en nombre y representación de PROTECCIÓN Y CUSTODIA S.A, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 3 de diciembre de 1999, dictada en el recurso de suplicación número 5414/99, formulado por el aquí recurrente, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona, de fecha 12 de febrero de 1999, dictada en virtud de demanda formulada por Franco frente a PROTECCIÓN Y CUSTODIA S.A. en reclamación sobre despido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de febrero de 1999, el Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona dictó sentencia en virtud de demanda formulada por Franco frente a PROTECCIÓN Y CUSTODIA S.A. en reclamación sobre despido, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- D. Franco , con DNI nº NUM000 , ha prestado servicios para Protección y Custodia SA (Protecsa) con la categoría profesional de vigilante de seguridad y un salario mensual de 148.000 ptas. brutas con la prorrata de pagas extras, lo que ofrece un salario día de 4.933 ptas. SEGUNDO.- El actor inició sus servicios el 3-12-88 a virtud de contrato en prácticas celebrado el 2-12-98 como guardia de seguridad en el Metro, constituyendo el objeto de la práctica las misiones propias de la categoría profesional de vigilante jurado de seguridad. En fecha 22-6-90 el actor manifestó a la demandada, que por motivos personales de incompatibilidad con el servicio, solicitaba la baja sin preaviso. El 28-8-90 firmó un nuevo contrato en prácticas como vigilante jurado de seguridad en la macroconcentración urbana a la que ya había sido destinado el 1-12-89 con efectos desde el 1-7-90, prorrogado sucesivamente hasta que el 30-6-93 celebró un contrato de trabajo indefinido por transformación del contrato en prácticas, como medida de fomento de empleo con arreglo a la Ley 22/92, 30-7, con la categoría de vigilante jurado de seguridad, y reconociéndosele como antigüedad la de 1-7-90 (doc. 1 a 18 empresa y doc. 20 a 30 actor). TERCERO.- El actor figura en alta para Protecsa del 5 al 27-11-88, del 3-12-88 al 25-6-90 del 1-7-90 al 29-2-92 y del 11-3-92 al 10-11-98. Para Prosegur SA el 17-11-98 (doc. 33 actora). CUARTO.- La empresa implantó a finales de 1997 el uso de gorra como parte del uniforme de los vigilantes en el Metro. En fecha 21-10-98 comunicó al personal operativo de servicio en dicho centro que, desde el 1-11-98, debería llevar en la uniformidad la cazadora y la gorra, recordando tal deber sin excepciones el 4-11-98. Dichas comunicaciones se expusieron en los vestuarios (doc. 24 y 25 empresa y testifical Sr. Adolfo). QUINTO.- En fecha 5-11-98 el Inspector de la empresa informó de la falta cometida por el actor, en su horario de 15 a 22 horas en la rotonda (M-2), al no llevar la gorra y reiterándose dicho informe los días 6, 7 y 8-11-98. El Inspector Sr. Miguel advirtió al demandante de su obligación de portar dicha prenda, manifestándole este que estaba disconforme con tal decisión de la empresa (doc. 20 a 23 empresa y testifical Sr. Miguel). SEXTO.- El 9-11-98 la empresa acordó el despido disciplinario del actor por falta muy grave de indisciplina y desobediencia tipificada en el art. 57 del convenio colectivo,, con efectos desde la recepción de la carta, que tuvo lugar el 10-11-98 al finalizar su jornada, por los siguientes hechos, "desde el 1 de noviembre de 1998, fecha en que se ha implantado la uniformidad



de invierno, se ha negado Ud. de forma sistemática a ponerse la gorra reglamentaria, a pesar de las órdenes expresas que recibido para que se la pusiese" (doc. 19 empresa). SEPTIMO.- Contra tal decisión el demandante planteó conciliación ante el CMAC el 25-11-98, intentándose el acto el 16-12-98 sin efecto. OCTAVO.- En fecha 30-11-98, D. Bartolomé , representante legal del Sindicato Reformista de Trabajadores, al que está afiliado el demandante, y que no está reconocido por la empresa, formuló denuncia contra ésta ante la Delegación de gobierno por considerar ilegal la orden de llevar gorra como prenda del uniforme en el Metro en contra de las determinaciones reglamentarias, interesando que de forma cautelar se suspendiera la orden. La Delegación de Gobierno ha dado traslado del escrito a la Jefatura Superior de Policía para la emisión de informe (doc. 8 a 11 actora y confesión empresa). NOVENO.- En fecha 8-9-98 el Sr. Bartolomé había denunciado igualmente a la demandada ante la Inspección de Trabajo por obligar a los trabajadores en el interior de los centros de trabajo a llevar gorra (doc. 19 actora y confesión empresa). DECIMO.- El 25-5-98 la empresa había sancionado con amonestación por falta grave a D. Jose Miguel por ser sorprendido el 20-5-98 sin la gorra reglamentaria (doc. 27 y 28 empresa). En la misma fecha, por el mismo motivo se sancionó también con amonestación a D. Evaristo (doc. 29 y 30 empresa).- DECIMO PRIMERO.- El 13-1-99 la empresa emitió una orden de servicio para los vigilantes del metro, en que se establece que deberán iniciar su trabajo completamente uniformados (folios 33 a 37 empresa), DECIMO SEGUNDO.- La empresa ha sancionado a cuatro trabajadores más por no llevar gorra (testifical Sres. Adolfo y Miguel). DECIMO TERCERO.- Los vigilantes de Protecsa en el Metro no utilizan mayoritariamente la gorra, aunque la llevan a mano para colocársela cuando se acerca servicio de inspección, con objeto de evitar ser sancionados (testifical Sres. Benito , Salvador , Miguel y Adolfo , valorados en conjunto). DECIMO CUARTO.- En fecha 1-7-98 se constituyó la sección sindical de empresas del S.R.T., con el Sr. Bartolomé y D. Felix , que no ha comunicado a la empresa la lista de sus afiliados (doc. 12 actora y testifical Sr. Bartolomé). DECIMO QUINTO.- La empresa no efectuaba al actor descuento de cuotas por su afiliación al SRT. El demandante no había comunicado a la empresa su intención de concurrir al proceso electoral antes de su despido (confesión demandante). DECIMO SEXTO.- El Sr. Bartolomé formuló reclamación en materia de elecciones sindicales, promovidas en Protecsa por CCOO, UGT y USO, con fecha de inicio del proceso electoral el 9-11-98, por haberse incluido en el censo electoral al actor, quien tenía impugnado su despido, dictándose laudo arbitral el 12-1-99 que estimó que el trabajador debía ser tenido en cuenta como elector y elegible a expensas del resultado firme del pleito por despido, ordenando su inclusión en el censo y la retroacción del proceso electoral al momento de la proclamación definitiva del mismo. (doct. 14 actora). DECIMO SEPTIMO.- La constitución de las mesas se efectuó el 18-12-98 y la presentación de las candidaturas el 11-1-99. En cumplimiento de dicho laudo la empresa incluyó al actor en el censo, presentándose éste como candidato del SRT y saliendo elegido en la votación realizada el 21-1-99. El comité de empresa se constituyó el 1-2-99 (confesión empresa y doc. 32 y 34 actora y 44-45 empresa). DECIMO OCTAVO.- El 23-11-97 el actor solicitó a la empresa un turno fijo para poder realizar a horas ciertas sus comidas por problemas de salud (doc. 17 actora). DECIMO NOVENO.- El actor había denunciado a la empresa ante la Inspección de Trabajo el 24-11-97, con el asesoramiento de un representante del SRT, por habersele impuesto un horario de trabajo que le impedía realizar las comidas fijas que precisaba por su condición de diabético que decía conocer la empresa, mientras que antes, durante 6 años, había tenido el turno de noche de 22 horas a 6 horas en que dicho problema no se producía. En la reunión ante la Inspección entre la empresa y el trabajador el 26-11-97, éste compareció acompañado por el miembro del comité de empresa D. Felix , cuyo acto la demandada negó tener conocimiento del grado de enfermedad del trabajador, que no había pasado reconocimientos médicos en la empresa, concluyendo la actuación el 28-11-97 con el informe al actor de que debía poner en conocimiento de Protecsa su enfermedad y las prescripciones médicas al respecto, pudiendo la demandada verificar su grado a través de los servicios médicos. El 3-12-97 el actor solicitó a la empresa el cambio de servicio (doc. 15 y 16 actora, doc. 38 y 39 demandada y confesión empresa). VIGÉSIMO.- El 28-7-98 el actor solicitó al servicio de inspección de Protecsa se le concediese un lugar para realizar las comidas, ya que el sitio destinado a las mismas, en los lavabos de la estación del Metro de Plaza Catalunya línea III, donde prestaba sus servicios, no era apropiada para tales menesteres por las condiciones higiénicas y mal olor de tal recinto (doc. 18 actora). VIGÉSIMO PRIMERO.- Durante 1.998 el actor no ha interpuesto ninguna denuncia contra la empresa ante la Inspección de Trabajo, ni ha planteado demanda alguna contra la misma (confesión demandante)". Y como parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda planteada por Franco , debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el 10.11.98, condeno a Protec SA a estar y pasar por ello, y a que, a elección del actor en el plazo de 5 días ante este Juzgado le readmita con las mismas condiciones anteriores o le indemnice con la cuantía de 2.264.247 ptas, y en ambos casos, le satisfaga los salarios dejados de percibir desde el despido que, a la fecha de la presente resolución, se cuantifican en 453.702 ptas provisionalmente, debiéndose mantener en alta el trabajador en el periodo a que dichos salarios se refieren".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia de fecha 3 de diciembre de 1999, en la que como parte dispositiva figura la siguiente: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por PROTECCIÓN



Y CUSTODIA, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 19 de los de Barcelona de fecha 12 de febrero de 1999, en los autos 1356/98, seguidos contra dicha recurrente a instancias de Don Franco, sobre despido, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, acordando la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal una vez firme esta resolución, manteniendo el aseguramiento prestado hasta el cumplimiento de la sentencia, e imponiendo a la recurrente las costas de la suplicación que incluirán los honorarios del Letrado del demandante que la Sala fija en la cantidad de SETENTA MIL PESETAS".

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparó la representación letrada de la demandada, en tiempo y forma e interpusieron después recurso de CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. En el mismo se denuncia la contradicción producida con las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de junio de 1996 recurso 7737/95.

CUARTO.- Se impugnó el recurso por el recurrido, e informó sobre el mismo el Ministerio Fiscal, en el sentido de estimarlo improcedente.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa demandada formula recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia dictada en suplicación, que desestimando este recurso confirmó la de instancia, que declaró improcedente el despido y le condenó a que previa opción del actor, le readmitiese en las mismas condiciones anteriores o le indemnizase en la cuantía señalada.

Se alega como sentencia de contradicción la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de junio de 1996 y, en sede jurídica se denuncia vulneración de lo dispuesto en el artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, al otorgar el derecho de opción que en el mismo se establece a un trabajador cuya situación no está contemplada en dicho precepto.

En las sentencias comparadas se polemiza sobre una misma cuestión: el derecho de opción -tras la sentencia que declara la improcedencia del despido-, de un trabajador que en el momento del despido no ostentaba la condición de representante unitario, pero que la adquirió durante la tramitación del proceso judicial seguido por despido y con anterioridad a la fecha de la sentencia de instancia. Como ya se indicó, la resolución combatida que confirma la de instancia reconoce el derecho de opción al actor, por contra, la sentencia aportada de comparación, declara la improcedencia del despido y establece la opción entre readmisión o pago de indemnización a favor de la empresa.

Por tanto concurren los requisitos de identidad substancial y contradicción en los términos exigidos en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, como entienden las propias partes y el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- La cuestión debatida versa sobre la aplicación del artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el supuesto del despido de autos, cuanto dispone que "Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un Delegado Sindical, la opción corresponde siempre a éste". Este precepto no hace referencia alguna, respecto a la titularidad del ejercicio de la facultad de optar entre readmitir o indemnizar cuando el demandante no es representante legal de los trabajadores en el momento del despido, pero que ostenta tal condición -al ser elegido durante la tramitación del proceso- en el momento que se dicta la resolución judicial declarando el despido improcedente.

Para resolver tal cuestión, existen en los autos las siguientes circunstancias: 1).- que la empresa acordó el despido disciplinario del actor el 9 de noviembre de 1998 imputándole que "desde el 1 de noviembre de 1998, fecha en que se ha implantado la uniformidad de invierno, se ha negado usted de forma sistemática a ponerse la gorra reglamentaria, a pesar de las órdenes expresas que ha recibido para que se le pusiese"; 2).- que dichas imputaciones no fueron discutidas en la demanda, sino la calificación de las mismas como "falta muy grave de indisciplina y desobediencia"; 3).- que en la demanda se solicitó la declaración de nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de la actividad sindical, en base a que "la empresa únicamente ha sancionado por este motivo -y a pesar del incumplimiento generalizado de toda la plantilla- con la máxima sanción a dos trabajadores, ambos vinculados a la actividad sindical en la empresa"; 4).- que la sentencia de instancia con valor fáctico declara en el fundamento segundo de derecho, que "debe excluirse, para el caso de que se aprecie discriminación, que la misma tenga como motivo la afiliación y actividad sindicales del trabajador"; 5).- que en la citada sentencia aprecia "que no existe nulidad por vulneración de derechos fundamentales ni discriminación prohibida por la Constitución como exige el art. 55.5 del ET para tal pronunciamiento" porque "el actor no demuestra que la empresa, ante conductas iguales a



las suyas, haya dejado de sancionar a trabajadores en su misma situación" (fundamento de derecho segundo); 6).- que la sentencia de instancia declarando el despido improcedente no fué recurrida por el trabajador; 7).- que dicha sentencia concedió la opción al trabajador, por entender que este derecho nace cuando se declara la improcedencia del despido (fundamento de derecho quinto); 8).- que la sentencia de suplicación mantiene este derecho de opción, porque el despido ha sido declarado improcedente y en un supuesto similar al aquí enjuiciado, se declaró por la Sala el despido del trabajador demandante como nulo por discriminatorio (fundamento de derecho tercero).

De lo expuesto resulta, que se trata de un despido improcedente porque las faltas imputadas, no son consideradas como muy graves y, se excluye la existencia de todo tipo de discriminación por parte del empresario, lo que desvirtúa el razonamiento de la sentencia combatida, en cuanto señala que "la facultad de opción de los representantes legales de los trabajadores en los supuestos de despidos declarados improcedentes debe extenderse a los proclamados candidatos que fueron despedidos apresuradamente días antes de las elecciones, sin base alguna para ello, y siendo elegidos en dichas elecciones, como ya declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989". Además, no se trata del supuesto que contempla la citada sentencia de este Tribunal, en donde la mesa electoral se constituye y las candidaturas se presentan y se proclaman en fechas anteriores a las de los despidos. La propia sentencia de suplicación lo reconoce en el primer apartado del fundamento de derecho tercero cuando dice "que el demandante no era candidato en la fecha en que fue despedido".

Por otra parte, es irrelevante que la misma Sala de suplicación en un supuesto que dice similar al aquí enjuiciado, hubiese declarado el despido del trabajador como nulo por discriminatorio, pues esta circunstancia, como ya se dijo no esta probada en los presentes autos. También resulta intrascendente que el 22 de octubre de 1998 se iniciase la promoción de las elecciones, pues la sentencia recoge como probado en el fundamento de derecho tercero, que "la fecha de constitución de las mesas y, por tanto, el inicio del proceso electoral, es la de 18 de diciembre de 1998".

En conclusión, al no existir probada una conducta discriminatoria empresarial, no cabe extender la protección del artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores al supuesto de autos, en donde el actor en el momento del despido no solo no ostentaba representación legal de los trabajadores, sino que además, son hechos declarados probados que: el despido se produjo el 9 de noviembre de 1998, la constitución de las mesas se realizó el 18 de diciembre de 1998 y la presentación de las candidaturas se efectuó el 11 de enero de 1999.

TERCERO.- Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso sin especial pronunciamiento en costas..

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado D. David Isaac Tobía García, en nombre y representación de PROTECCIÓN Y CUSTODIA S.A, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 3 de diciembre de 1999, casamos y anulamos dicha sentencia, en el sentido de declarar que el derecho de opción corresponde a la empresa. No se hace especial pronunciamiento en costas y procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

Devuélvase las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José María Botana López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.