

Roj: **STS 7639/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7639**Id Cendoj: **28079140012010100904**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/11/2010**Nº de Recurso: **88/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CL 6925/2009,**  
**STS 7639/2010**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Myriam Alvarez del Valle Lavesque, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Remedios , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla Leon, sede Burgos, de fecha 25 de noviembre de 2009, recaída en el recurso de suplicación nº 569/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Soria, dictada el 12 de junio de 2009 , en los autos de juicio nº 319/08, iniciados en virtud de demanda presentada por Remedios , contra EXCMA. DIPUTACION PROVINCIAL DE SORIA, sobre **DESPIDO**.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de junio de 2009, el Juzgado de lo Social nº 1 de Soria, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debiendo desestimar y **desestimando en su pedimento principal la demanda** promovida por D<sup>a</sup> Remedios contra Excm. Diputación Provincial de Soria y con la intervención del Ministerio Fiscal a los efectos legalmente establecidos, y debiendo estimar y **estimándola en su pedimento subsidiario, declaro improcedente el despido disciplinario de la trabajadora demandante** a que se refiere el hecho probado Decimotercero, apartados B y C, de esta sentencia, y en virtud de ello **condeno a la empresa demandada** : 1º) A que **readmita inmediatamente a la trabajadora** en las mismas condiciones que regían antes de producirse el **despido**, y en los términos establecidos en la Ley de Procedimiento Laboral y demás normativa de aplicación. 2º) A que **abone a la trabajador los salarios de tramitación dejados de percibir** desde la fecha de efectividad del **despido** (12 de septiembre de 2.008, no incluido) hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de ochenta y seis euros diarios (**86€**) **diarios** , salvo, en su caso, lo dispuesto en el art. 56.1.b) in fine, del Estatuto de los Trabajadores .".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " 1º A) La demandante D<sup>a</sup> Remedios venía prestando servicios retribuidos para la demandada Excm. Diputación Provincial de Soria con categoría profesional de Administradora de Residencias, antigüedad desde 1 de febrero de 1986 y último salario bruto por todos los conceptos, prorata de pagas extraordinarias incluida, de 2.580,01 euros mensuales, equivalentes de 86 euros diarios. B) La actora no ostentaba ni había ostentado la condición de representante de los trabajadores. Si está afiliada al sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.). 2º A) Hallándose la trabajadora en el desempeño del puesto de administradora de la residencia "San José" de la localidad de El Burgo de Osma-Ciudad de Osma, la Diputación procedió mediante acuerdo de su Comisión de Gobierno de 6 de noviembre de 2.000 al **despido** disciplinario de aquélla. Dicho **despido** fue declarado nulo



por causa de ejecutarse con vulneración del **derecho** fundamental de libertad de expresión de la trabajadora, por sentencia firme de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Burgos de 30 de julio de 2001 . B) Mediante resolución de 19 de abril de 2.004, la Diputación procedió al traslado forzoso de la trabajadora al puesto de administradora de la residencia de la localidad de Navaleno. Ese traslado fue declarado no conforme a **derecho** y dejado sin efecto por sentencia de este Juzgado de lo Social de Soria de 21 de mayo de 2.004 , confirmada en vía de recurso de suplicación y devenida firme. C) Tras intervención de la Inspección de Trabajo a previa denuncia del Comité de Empresa de la Diputación, el Presidente de la corporación remitió a la trabajadora comunicación, según su tenor literal, "con el fin de concretar las funciones por Vd. realizadas en el puesto de Administrador General de la residencia". 3º A) Desde 5 de junio de 2.006, la trabajadora ocupa el mencionado puesto de administradora de la residencia de Navaleno en virtud de nuevo traslado forzoso decretado por acuerdo de la Junta de Gobierno de la corporación de tres días antes, siendo confirmado dicho acto de movilidad geográfica por sentencia firme de la mencionada Sala de suplicación de 18 de diciembre de 2.007. B) Ello no obstante, y por motivo de incapacidad temporal de la interesada, ésta no se incorporó efectivamente a su nuevo puesto de trabajo hasta 7 de junio de 2.007. 4º A) La residencia de Navaleno, con capacidad para 22 residentes, cuenta con una plantilla de personal de once puestos de trabajo, desglosados en el de administradora, ocho puestos de auxiliar de enfermería y dos puestos de auxiliar de planta. B) Hasta la incorporación de la demandante, el puesto de administrador de la residencia no se hallaba ocupada por ningún trabajador de plantilla ni temporal, atendiéndose las labores propias del mismo entre el administrador de la residencia de la localidad de San Esteban de Gormaz, que acudía comisionado un día por semana, y una de las auxiliares de enfermería del centro, D<sup>a</sup> Amelia , a quien la Diputación había encomendado las tareas de administración ordinaria y diaria. 5º Desde la incorporación efectiva de la Sra. Remedios al puesto de administradora de la residencia de Navaleno, y en especial desde aproximadamente el mes de Octubre de 2.007, las relaciones mutuas entre ésta, por un lado, y los trabajadores, con categoría profesional de auxiliar de enfermería, D<sup>a</sup> Clara , hermana de la citada D<sup>a</sup> Amelia , ésta misma, D<sup>a</sup> Esmeralda , D<sup>a</sup> Florencia y D. Pedro Miguel , por el otro fueron deteriorándose progresivamente, cada vez con más tirantezas y menor comunicación entre ellos. 6º Tras dicha incorporación al puesto en junio de 2.007, la Sra. Remedios formuló solicitud de vacaciones anuales para el periodo entre 16 de julio y 17 de agosto, coincidiendo con las previamente solicitadas por D<sup>a</sup> Amelia respecto de los días 4 a 6 y 9 a 12 de agosto, sin que conste instrucción previa de la superioridad en contra de esa petición coincidente. Finalmente, la Sra. Remedios renunció a disfrutar de vacaciones los días 1 a 5 de agosto, lo que fue aceptado por la Diputación, sin que las vacaciones de la Sra. Amelia sufriesen alteración alguna. 7º A) Desde su incorporación y hasta enero de 2.008, la Sra. Remedios informó desfavorablemente varias solicitudes de permisos realizadas por los trabajadores mencionados en el numeral Quinto, en todos los casos oponiendo necesidades del servicio motivadas detalladamente por escrito, sin que en ninguno de los supuestos la autoridad competente para resolver las peticiones modificase el criterio de la propuesta, ni los interesados impugnasen la denegación de la libranza. Dichos trabajadores también vieron informadas y resueltas favorablemente otras solicitudes de permiso durante el mismo periodo. B). Con ocasión de la organización de los permisos de la plantilla para la Semana Santa de 2008, la Sra. Remedios indicó a la auxiliar de enfermería D<sup>a</sup> Andrea , quien no había solicitado ninguna libranza para esas fechas, que se tomase dos días de permiso al igual que el resto de sus compañeros, resultando que las fechas designadas al efecto por la propia administradora impedían, por necesidades del servicio, disfrutar de esas mismas fechas a D<sup>a</sup> Florencia , quien había programado un viaje para las mismas. Enterada de la situación D<sup>a</sup> Andrea , y manifestando ésta su renuncia al permiso, la administradora no se la aceptó. Posteriormente, D<sup>a</sup> Florencia cambió las fechas de su permiso con otra tercera compañera, sin oposición de la Sra. Remedios pudiendo realizar el viaje programado. 8º A) Con ocasión del comienzo del año 2.008, la administradora estableció y comenzó a aplicar, sin constar aprobación superior, un nuevo calendario laboral en el que se adjudicaban a todos los auxiliares de enfermería del centro, turnos rotatorios de mañana y tarde, se fijaba una presencia de dos auxiliares de enfermería en cada turno de tarde conforme establecían disposiciones previas de la superioridad y se guardaban descansos mínimos de doce horas entre las jornadas de cada trabajador, a diferencia del sistema que venía funcionando en los años anteriores, en el que las hermanas Sras. Amelia Clara guardaban turnos fijos de mañana, únicamente se garantizaba un auxiliar de enfermería por turno de tarde y no se guardaba necesariamente ese tiempo de descanso entre jornadas. B) Emitida por la superioridad, instrucción escrita a la administradora por la que se ordenaba a ésta que restituyese a D<sup>a</sup> Amelia al turno fijo de mañana por razones de estar llamada a funciones de sustitución ordinaria de aquélla en sus ausencias, la Sra. Remedios cumplió con dicha orden de inmediato. C) Por su parte, D<sup>a</sup> Clara impugnó, con oposición de la empleadora en reclamación previa y en juicio, su propio cambio de sistema de turno, con estimación de su demanda judicial por causa de incumplimiento de los requisitos formales para la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Posteriormente, la empresa volvió a acordar la adscripción de D<sup>a</sup> Clara al turno rotatorio, cumpliendo con las formalidades legales al efecto y aquietándose la interesada a esa nueva determinación. 9º A) En una ocasión, la Sra. Remedios manifestó ante otra trabajadora, y refiriéndose a D<sup>a</sup> Amelia , "esa chica está mal". B) Al menos en alguna



ocasión, la administradora se quejó ante otras trabajadoras, de que "tenía que estar detrás" de las hermanas Sras. Amelia Clara . C) En otra ocasión, y durante una reunión con los trabajadores, la Sra. Remedios , al percatarse de una posible falta de atención a sus palabras por parte de D<sup>a</sup> Clara y D<sup>a</sup> Esmeralda , se dirigió a ellas diciéndoles: "mírame, porque cuando hablo me gusta que me miren a la cara". D) La administradora emitió una instrucción verbal, dirigida a todos los trabajadores del centro, en orden a que no mantuviesen conversaciones entre ellos mientras se encontrasen en el comedor de residentes. **10º** A primeros del año 2.008, D<sup>o</sup> Amelia y D<sup>a</sup> Esmeralda iniciaron sendos procesos de incapacidad temporal, respectivamente por síntomas ansioso-depresivos y por un cuadro de bronquitis complicada con la aparición de ansiedad durante el transcurso de la baja, en ambos casos refiriendo las pacientes, como causa de sus síntomas psicológicos, una situación de acoso en el trabajo. **11º** A) En fecha no determinada, a comienzos del año 2.008, los cinco auxiliares de enfermería mencionados en el numeral Quinto mantuvieron contactos verbales con miembros del Comité de Empresa y representantes sindicales, para exponerles diversas quejas sobre el proceder de la Sra. Remedios como administradora de la residencia, respondiéndoles sus interlocutores que, ante la gravedad de los presuntos hechos manifestados, deberían denunciarlos por escrito. B) Siguiendo esas indicaciones, el día 18 de enero de 2.008, los cinco trabajadores de referencia registraron ante la diputación un escrito conjunto poniendo de manifiesto diversas quejas y hechos presuntamente cometidos por la administradora del centro, en los términos que constan en el propio escrito, obrante a los folios 535 a 538 de los autos. **12º** A) A la vista de ese escrito y de las manifestaciones efectuadas por los representantes de los sindicatos UGT y CSI-CSIF en el Comité de Seguridad y Salud en sesión del mismo día 23 inmediato, aludiendo a la existencia de problemas entre la administradora y el resto del personal de la residencia, el 28 de ese mismo mes, la Junta de Gobierno de la Diputación adoptó acuerdo por el que abrió diligencias informativas respecto de esos presuntos hechos. B) Paralelamente, el Comité de Empresa procedió por su parte a concertar sendas entrevistas con los trabajadores denunciadores y con la administradora. C) Conferida audiencia en el seno de las diligencias informativas tanto a la denunciada, como al Comité de Empresa y a las Secciones Sindicales constituidas, el Comité dirigió a la Diputación el día 1 de febrero, escrito interesando, entre otras medidas, "se investigase, con la oportuna instrucción administrativa, el supuesto acoso laboral al que pueden estar siendo sometidos los trabajadores de la residencia". Por su parte, la Sección Sindical de CSI-CSIF dirigió tres días después escrito pidiendo, entre otras actuaciones, la suspensión cautelar de funciones de la administradora durante la investigación de los hechos. **13º** A) Concluido el expediente informativo, el 7 de abril posterior, la Junta de Gobierno de la corporación adoptó nuevo acuerdo decidiendo la incoación de expediente disciplinario frente a la Sra. Remedios , así como la suspensión cautelar de funciones de la interesada durante la tramitación del mismo. Dicha medida cautelar ha sido declarada constitutiva de una sanción disciplinaria nula y dejada sin efecto mediante sentencia de este Juzgado de 18 de julio siguiente, la cual no es firme. B) Tramitado el expediente, el mismo concluyó mediante nuevo acuerdo de la Junta de Gobierno de la Diputación de 8 de septiembre posterior, notificado a la trabajadora el día 12 siguiente, por el que, aceptando en su integridad la propuesta elevada por el instructor de aquél, se acordó el **despido** disciplinario de la Sra. Remedios , con efectos desde la notificación del acuerdo a la interesada, por la comisión de cuatro faltas muy graves de acoso laboral sobre las trabajadoras D<sup>a</sup> Amelia y D<sup>a</sup> Clara , D<sup>a</sup> Clara , D<sup>a</sup> Florencia y D<sup>a</sup> Esmeralda , en los términos establecidos en la resolución, obrante a los folios 1.582 a 1.608 de las actuaciones y que se **da** por reproducida. C) La trabajadora cesó efectivamente en la empresa conforma a lo decretado por ésta. **14** A) El día 25 sucesivo, la trabajadora dirigió a la Diputación, reclamación previa a la vía judicial por la que interesaba el reconocimiento de la nulidad de su **despido**, o subsidiariamente la revocación del mismo, con los efectos legales respectivos. Dicha reclamación fue desestimada por resolución del mismo órgano del día 29 inmediato. B) El día 20 de octubre posterior, la trabajadora interpuso ante este Juzgado la presente demanda con el mismo objeto, impetrando la declaración de nulidad o, subsidiariamente, improcedencia del **despido**, con los efectos legales respectivos."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, D<sup>a</sup> Remedios y La Excm. Diputación Provincial de Soria formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Burgos, dictó sentencia en fecha 19 de noviembre de 2009 , en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la parte actora DOÑA Remedios , frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social de Soria, de fecha 12 de Junio de 2009 , en autos nº 319/200, y estimando parcialmente el recurso interpuesto por la EXCMA. DIPUTACION PROVINCIAL DE SORIA, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia de instancia condenado a la demandada a que en un plazo de cinco días opte entre la readmisión de la trabajadora o la indemnización legal oportuna, manteniendo el resto de sus pronunciamientos. Sin costas."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla Leon, sede Burgos, D<sup>a</sup> Myriam Alvarez del Valle Lavesque procuradora de los Tribunales en nombre de D<sup>a</sup> Remedios , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por la Sala de lo Social



del Tribunal Superior de Justicia de Valencia el 15 de mayo de 2008, Rec. 830/08, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 21 de julio de 2008, rec. 2616/08 .

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso en cuanto al primer motivo, e improcedente en cuanto al segundo motivo del recurso.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día **26** de octubre de 2010, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El Juzgado de lo Social número 1 de Soria dictó sentencia el 12 de junio de 2009 , autos 319/08, desestimando en su pedimento principal la demanda promovida por D<sup>a</sup> Remedios contra la Excm. Diputación Provincial de Soria y con la intervención del Ministerio Fiscal, a los efectos legalmente establecidos y estimando la demanda en su pedimento subsidiario, declarando improcedente el **despido** disciplinario de la trabajadora demandante, condenando a la empresa demandada a que readmita inmediatamente a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el **despido** y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectividad del **despido** (12 de septiembre de 2008) hasta la notificación de la sentencia, a razón de 86 euros diarios. Tal y como resulta de dicha sentencia la actora venía prestando servicios para la Excm. Diputación de Soria con la categoría de administradora de residencias, desde el 1 de febrero de 1986. El 6 de noviembre de 2000 fue despedida, siendo el **despido** declarado nulo por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 30 de Julio de 2001 , por vulneración del **derecho** fundamental de libertad de expresión de la trabajadora. Mediante resolución de 19 de abril de 2004, la Diputación procedió al traslado forzoso de la trabajadora a Navaleno, traslado declarado no conforme a **derecho** y dejado sin efecto por sentencia del Juzgado de lo Social de Soria de 21 de Mayo de 2004 , confirmada en vía de recuso de suplicación. Tras intervención de la Inspección de Trabajo, previa denuncia del Comité de empresa de la Diputación, el Presidente de la Corporación remitió a la trabajadora comunicación "con el fin de concretar las funciones por Vd. realizadas en el puesto de administrador general de la residencia". Desde el 5 de junio de 2006 la trabajadora ocupa el puesto de administradora de la residencia de Navaleno en virtud de nuevo traslado forzoso decretado por acuerdo de la Junta de Gobierno, siendo confirmado dicho acto por sentencia firme de la Sala de lo Social. Desde su incorporación a dicho puesto las relaciones entre la actora y los trabajadores con categoría profesional de auxiliares de enfermería han ido deteriorándose, habiendo informado la actora desfavorablemente varias solicitudes de permisos, no habiendo sido impugnada la denegación de la libranza. El 18 de enero de 2008 cinco auxiliares de enfermería de la residencia presentaron un escrito en la Diputación poniendo de manifiesto quejas y hechos presuntamente cometidos por la administradora, procediendo la Diputación a abrir diligencias informativas, abriendo posteriormente expediente disciplinario, el 7 de abril de 2008, acordando la suspensión cautelar de funciones durante la tramitación del mismo. Dicho expediente concluyó con acuerdo de 8 de septiembre de 2008, notificado a la trabajadora el 12 siguiente acordando el **despido** disciplinario de la actora con efectos desde la notificación del acuerdo a la interesada.

Recurrida en suplicación por ambas partes, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, dictó sentencia el 19 de noviembre de 2009, recurso 569/09 , desestimando el recurso interpuesto por la actora y estimando el formulado por la demandada, revocando parcialmente la sentencia impugnada, condenando a la demandada a que en un plazo de cinco días, opte entre la readmisión de la trabajadora o la indemnización legal oportuna, manteniendo el resto de sus pronunciamientos. La sentencia entendió que el **despido** no ha de calificarse de nulo pues no existe prueba indiciaria alguna que confirme la existencia de un trato discriminatorio hacia la actora, desprendiéndose del relato de hechos probados determinados desencuentros entre las partes pero, sin entidad suficiente para integrar el **despido** nulo pretendido. Respecto a si en el supuesto de **despido** declarado improcedente, siendo la empleadora la Administración Pública, ha de imponérsele la readmisión del trabajador, la sentencia razona que la norma estatal del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores es una norma de **derecho** necesario relativo, y, en consecuencia, mejorable en pactos individuales o colectivos, ya que si el empresario en el plano individual puede optar entre la indemnización o la readmisión, es claro que también puede hacerlo a través de la autonomía colectiva. Continua razonando la sentencia que conforme a dicha doctrina, de aplicación al supuesto debatido, la norma general e inalterable es que corresponde al empresario siempre en los supuestos de **despido** improcedente el **derecho** de **opción**, si bien dicha **opción** puede realizarse de forma individual o colectiva, a través de su regulación en el convenio oportuno, pero lo que nunca está previsto, fuera de los supuestos expresamente regulados -nulidad o representante legal de los trabajadores- es que dicha **opción**





corresponda al trabajador, lo cual iría contra la norma de **derecho** sustantivo necesario, aún relativo, que regula el artículo 56.1 ET .

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste, para el primer motivo del recurso, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 15 de mayo de 2008, recurso 830/08 , firme en el momento de publicación de la recurrida, pues tal y como resulta de la certificación expedida por el señor secretario de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, la misma adquirió firmeza el 16 de abril de 2009. Para el segundo motivo de recurso invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 21 de Julio de 2008, recurso 2616/08 , firme en el momento de publicación de la recurrida.

La parte demandada ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el recurso ha de ser declarado procedente en lo referido a la causa o motivo primero e improcedente, por falta de contradicción con la sentencia invocada, respecto al segundo motivo.

**SEGUNDO** .- Por razones de método procede examinar, en primer lugar, el segundo motivo del recurso, por lo que se ha de examinar la sentencia invocada de contraste para dicho motivo, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, la sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 21 de Julio de 2008, recurso 2616/08 , estimó en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de doña Florinda contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Santiago de Compostela , en proceso por **despido** promovido por la recurrente frente a la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia, declarando la nulidad del **despido**. Tal y como resulta de dicha sentencia, a la actora, que había comenzado a prestar servicios para la demandada en el año 1997, se le extinguió su contrato de trabajo el 17 de abril de 2006, procediendo la demandada a reconocer la improcedencia del **despido, despido** que es declarado nulo por sentencia del Juzgado de lo Social, instando la actora ejecución de sentencia por readmisión irregular dictando auto el Juzgado de lo Social el 8 de febrero de 2007 declarando irregular la readmisión. El 29 de junio de 2007 la demandada remitió burofax a la actora notificándole que a partir del 1 de julio de 2007 se **da** por extinguido el contrato de trabajo. La sentencia entendió que el **despido** ha de ser calificado de nulo ya que la decisión extintiva acordada por la empleadora demandada parece haber tenido como única causa o razón el hecho de que la trabajadora demandante hubiera demandado a la empresa por **despido** y posteriormente solicitado la ejecución de la sentencia por readmisión irregular, constituyendo el **despido** una reacción frente al legítimo **derecho** de la trabajadora de buscar protección judicial, por lo que se ha violado el **derecho** fundamental de la trabajadora accionante a la tutela judicial efectiva.

Entre las sentencias comparadas no concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , pues si bien en ambas se alega vulneración del **derecho** a la tutela judicial efectiva y a la garantía de indemnidad, los hechos en los que una y otra sentencia se fundamentan no presentan la identidad requerida. Así, mientras en la sentencia recurrida desde el año 2000 se han sucedido una serie de hechos **-despido** disciplinario en el 2000, dos traslados forzosos en 2004 y 2006- que han dado lugar a la presentación de las correspondientes demandas por la actora y las subsiguientes resoluciones judiciales, habiendo también intervenido la inspección de trabajo, en la de contraste transcurren diez años de relación laboral sin que se exteriorice ningún conflicto, hasta que en mayo de 2006 la demandada extingue el contrato, reconociendo la improcedencia del **despido**, siendo este declarado nulo por resolución judicial y, dictándose posteriormente auto el 8 de febrero de 2007, declarando irregular la readmisión, procediendo la demandada a extinguir de nuevo el contrato el 29 de junio de 2007, con efectos del 1 de julio de 2007. En definitiva al ser diferentes los hechos de las sentencias enfrentadas aunque los fallos sean divergentes no son contradictorios.

La falta de contradicción conduce en este trámite procesal a la desestimación de este motivo del recurso.

**TERCERO** .- Procede el examen de la sentencia invocada como contradictoria para el primer motivo del recurso para determinar si concurre el requisito de la contradicción, en los términos enunciados por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral .

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 15 de mayo de 2008, en el recurso número 830/08 , estimó en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. Feliciano contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Alicante, de fecha 4 de diciembre de 2007 , en virtud de demanda formulada a su instancia contra Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana, revocando la sentencia recurrida, en el sentido de condenar a la



empresa a que readmita al actor en su puesto de trabajo y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del **despido** hasta que la readmisión tenga lugar. Tal y como resulta de dicha sentencia el actor venía prestando servicios para Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana desde el 19-7-04, fue despedido mediante carta de **despido** de 31 de mayo de 2007, recibida el 1-6-07, **despido** reconocido por la demandada como improcedente en fecha 1-6-07, con consignación de la indemnización por importe de 16.367'20 euros. La sentencia entendió que teniendo el actor la condición de personal laboral fijo y siendo la demandada una entidad de **derecho** público con personalidad jurídica propia, le es de aplicación el régimen jurídico establecido en el artículo **96.2** del **EBEP**, pues dicho precepto ha de ser aplicado sin que la demandada pueda utilizar el cauce previsto en el artículo 56.2 ET para romper su vinculación laboral con el recurrente.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral pues en ambas se examina si la declaración de improcedencia del **despido** de un trabajador al servicio de la Administración Pública, comporta la readmisión forzosa de éste, siendo irrelevante a efectos de la contradicción que en la de contraste la demandada reconociera la improcedencia del **despido**, dato que no concurre en la recurrida, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En efecto, mientras la sentencia recurrida mantiene que la Administración conserva el **derecho de opción** entre readmisión e indemnización, la de contraste resuelve que procede la readmisión.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**CUARTO** .- El recurrente alega infracción del artículo **96.2** de la Ley 7/07 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Aduce, en esencia, que la clara dicción de dicho precepto supone que la regla general del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de **despido** declarado improcedente **-opción** entre readmisión o indemnización- queda sustituida por la obligación unívoca e ineludible de readmitir forzosamente al trabajador, readmisión que, por aplicación analógica del artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, deberá ser efectuada de forma inmediata a la notificación

**QUINTO** .- El Estatuto Básico del Empleado Público (**EBEP**) aborda, por primera vez de forma sistemática, junto con las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, la determinación de las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (artículos 1.1 y 2 **EBEP**), señalando el artículo 2 que "Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:...", cuya naturaleza de Administración Pública ostenta la demandada Diputación Provincial de Soria, especificando el artículo 7 que "El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan".

En su Exposición de Motivos se señala "El **EBEP** contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio", añadiendo que "Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcional, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas" y que, en definitiva, "En ese sentido, el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado".

Esta normativa legal básica conjunta para funcionarios y personal laboral es respetuosa, en el ámbito social, con el **derecho** constitucional a la negociación colectiva laboral y a la fuerza vinculante de los convenios ex arts. 37.1 Constitución Española (CE) en relación con los arts. 82 a 92 ET, con reflejo expreso, además, en el art. 32 **EBEP**, relativo a la "Negociación colectiva, representación y participación del personal laboral", -- incluido en el Título III (relativo a los **derechos** y deberes, así como al código de conducta de los empleados públicos) en su Capítulo IV regulador del "**derecho** a la negociación colectiva, representación y participación institucional", así como al "**derecho** de reunión" --, en el que se dispone que "La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación"; y, por otra parte, precisamente con relación directa a la negociación colectiva de los empleados públicos en general y especial de los funcionarios públicos, se incluyen también expresamente una serie de materias que pueden ser objeto de negociación" (art. 37.1.m **EBEP**).

**SEXTO**.- Respecto a la cuestión ahora sometida a la consideración de la Sala, la materia disciplinaria, aparece regulada en el Título VII, artículos 93 y 98, "Régimen disciplinario".



En la Exposición de Motivos ya se vislumbra la aplicación de dicho régimen tanto a los funcionarios como al personal laboral, al señalar que *"En cuanto al régimen disciplinario el Estatuto, de conformidad con su carácter básico se limita a ordenar los principios a que debe someterse el ejercicio de esta potestad pública respecto de los empleados públicos, tipifica las infracciones muy graves y amplía el abanico de posibles sanciones. Por lo demás se remite ampliamente a la legislación que, en su desarrollo dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias"*.

El artículo 93.1 **EBEP** señala que *"Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto"*.

Refiriéndose especialmente al personal laboral el apartado 4 del citado precepto dispone que *"El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral"*, es decir establece una clara jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras del régimen disciplinario del personal laboral, a saber, la normativa aplicable es la contenida en el **EBEP** y, únicamente en el supuesto de que no hubiera regulación en dicho Estatuto se aplicaría la legislación laboral.

La cuestión debatida, los efectos del **despido** declarado improcedente aparecen contemplados en el artículo **96.2** del **EBEP**, precepto incluido dentro del Título VII y, por lo tanto, aplicable con preferencia a la regulación laboral en virtud de lo establecido en el artículo 93.4 del **EBEP**.

El artículo **96.2** del **EBEP** dispone que *"Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el **despido** acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave"*.

Por lo tanto para que proceda la aplicación de este precepto han de darse los siguientes requisitos:

a) Que se trate de personal laboral fijo. El artículo 8 del **EBEP** establece la clasificación de los empleados públicos, señalando en el apartado c): *"Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal"*. Por su parte el artículo 11 señala que *"Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato, este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal"*.

b) Que el **despido** sea declarado improcedente. El artículo 96.1 b) del **EBEP** prevé como sanción: *"Despido disciplinario del personal laboral, que solo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las desempeñadas"*.

c) Que se haya acordado el **despido** como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave. El artículo 98 del **EBEP** regula el procedimiento disciplinario, disponiendo en el apartado 1 que *"No podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido"*. Por su parte el apartado 2 dispone que *"El procedimiento disciplinario que se establezca en el desarrollo de este Estatuto se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los **derechos** y garantías de defensa del presunto responsable. En el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos"*.

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala concurren los requisitos anteriormente consignados. En efecto, la actora es personal laboral fijo ya que este extremo no fue cuestionado por la demandada al formalizar el recurso de suplicación, limitándose a razonar que no cabe la aplicación analógica del artículo **96.2** del **EBEP** ya que hay leyes que regulan esa cuestión como son el artículo 110 de la LPL así como los artículos que regulan la ejecución definitiva. No cabe, por tanto, que en el trámite de impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina alegue una cuestión nueva, cual es la no aplicabilidad del artículo **96.2** del **EBEP** al no ser la actora personal laboral fijo. En segundo lugar el **despido** ha sido declarado improcedente por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria, confirmada en este extremo por la sentencia ahora recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos. Por último, se trata de un **despido** disciplinario por la comisión de cuatro faltas muy graves, habiéndose tramitado el correspondiente expediente disciplinario, tal y como resulta del hecho probado decimotercero de la sentencia de instancia.

Por todo lo razonado procede la estimación de este motivo de recurso, condenado a la demandada Excm. Diputación de Soria a la readmisión de la actora, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del **despido** hasta la readmisión, a razón de 86 euros diarios, sin que proceda establecer las actualizaciones solicitadas por el recurrente por ser la primera vez que lo solicita.



No empece tal conclusión la decisión adoptada por esta Sala en sentencia de 2 de febrero de 2009, recurso 78/2008 , en el que estimando el recurso formulado por la parte actora doña Amanda , se mantuvo la improcedencia del **despido** efectuado por la demandada Ayuntamiento de Galdar, concediendo a la trabajadora el **derecho** a optar entre la indemnización ya fijada o la readmisión en su puesto de trabajo. En efecto, el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Galdar en su artículo 71 dispone: " Se establece que un trabajador/ a con la condición de contrato indefinido, fijo laboral o fijo discontinuo, podrá ser despedido en virtud de la incoación de expediente disciplinario y aun cuando el Juzgado de lo Social estime que el citado **despido** es improcedente o nulo, es el trabajador quien opta por la readmisión o por la indemnización".

La sentencia contiene el siguiente razonamiento: " No es óbice a lo anterior el mandato del art. **96.2** del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril. Ese precepto , en su último párrafo, dispone que "procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el **despido** como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario", pues tal regla, de carácter general, queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario, al remitirse el art. 7 de esa Ley a la legislación laboral en general.

Por todo lo razonado procede la estimación de este motivo del recurso.

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

### FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora Doña Myriam Alvarez del Valle Lavesque, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Remedios , contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede Burgos, en el recurso de suplicación nº 569/09 , interpuesto por ambas partes contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de Soria , en autos nº 319/08, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra la Excm. Diputación Provincial de Soria, en reclamación sobre **despido**. Casamos y anulamos la sentencia recurrida en el concreto extremo referente a la estimación del recurso de suplicación formulado por la demandada, y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por la demandada a la que condenamos a la readmisión de la trabajadora D<sup>a</sup>. Remedios con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del **despido** hasta la de la readmisión, a razón de 86 €/día. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia ,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. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.