

Roj: **STS 5427/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5427**Id Cendoj: **28079140012014100719**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/11/2014**Nº de Recurso: **2344/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CAT 4706/2013,**
STS 5427/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Vidal Masramon Carmona en nombre y representación de DON Constancio , DON Fidel y DON Juan contra la sentencia dictada el 30 de abril de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 1039/2013 , interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de agosto de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona , en autos núm. 265/2012, seguidos a instancias de DON Constancio , DON Fidel y DON Juan contra TRAMBESOS U.T.E. (forman la UTE, las mercantiles MARFINA S.L. Y DETREN COMPAÑÍA GENERAL DE SERVICIOS FERROVIARIOS S.L.), FCC CONSTRUCCIONES, S.A, COMSA, S.A, NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., VERSIA S.A, VERSIA SOLUCIONES TECNOLÓGICAS S.A., VEOLIA TRANSPORT, MOVENTISL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido TRAMBESOS U.T.E. representado por el Letrado Don Jesús M^a Carroza Sayas.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de agosto de 2012 el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- D. Constancio , con D.N.I. número NUM000 ha prestado servicios laborales para la empresa TRANSBESOS, U.T.E., con un contrato indefinido y una antigüedad de 12/06/2006, con categoría profesional de Conductor de Tranvía y percibiendo un salario de 2.623,66€ mensualmente con inclusión de prorrata de pagas extras. D. Fidel , con D.N.I. número NUM001 ha prestado servicios laborales para la empresa TRANSBESOS, U.T.E., con un contrato indefinido, por persona discapacitada y una antigüedad de 19/05/2008, con categoría profesional de Conductor de Tranvía y percibiendo un salario de 2.286,29€ mensualmente con inclusión de prorrata de pagas extras. D. Juan , con D.N.I. número NUM002 ha prestado servicios laborales para la empresa TRANSBESOS, U.T.E., con un contrato indefinido, y una antigüedad de 15/03/2004, con categoría profesional de Conductor de Tranvía y percibiendo un salario de 2.730,96 mensualmente con inclusión de prorrata de pagas extras. (Hecho controvertido respecto a los salarios de los actores Constancio y Juan). **2º**.- Según la demandante, los tres actores eran miembros de CGT desde el día 20/12/2011, ostentando el cargo de Secretario general de la sección sindical de CGT el Sr. Constancio , el de secretario de organización Don. Fidel y el de secretario de financiación Don. Juan desde el día 13/02/2012 en que se constituyo la Sección Sindical mediante votación conocida por toda la empresa. (Hecho controvertido). **3º**.- El día 16/02/2012 los actores Juan y Fidel recibieron carta de despido y el día



17/02/2012 Don. Constancio , por causas objetivas, art. 52.d) del Estatuto de los trabajadores , por superar los límites de Absentismo y con fecha de efectos el 16/02/2012. No se reproducen las cartas por encontrarse unidas a las actuaciones. (Hecho no controvertido). **4º.-** Según la parte actora, las causas alegadas en la carta de despido no son ciertas, con falta de concreción lo que provoca indefensión, además de estar prescritas, no hubo un expediente disciplinario contradictorio, siendo la razones ciertas del despido, es que los actores 4 días antes del despido habían constituido una sección sindical en la empresa la CGT; además que el Sr. Constancio había demandado a la empresa por un accidente laboral que había tenido y fue recriminado. El Sr. Fidel es una persona minusválida permanente en grado de total y el Sr. Juan tiene reconocida desde hace tiempo una reducción de jornada de 6,9 horas al día por atención a sus padres. . (Hecho controvertido). **5º.-** Solicita la parte actora que el despido sea declarado NULO, por vulneración de derechos fundamentales y la empresa proceda a su readmisión en las mismas condiciones que tenía y les sea abonada una indemnización en la cuantía de 90.000€ a cada uno de los actores por analogía con la sanción prevista para estos supuestos en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, R.D. 5/2000 de 4 de agosto, art. 8.11 y subsidiariamente se declare la improcedencia del despido con el pago de la más alta indemnización y el abono de los salarios de tramitación. **6º.-** El día 13 de marzo de 2012 los trabajadores presentaron papeleta de conciliación ante la Sección de Conciliaciones de Barcelona del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Catalunya. El día 17 de abril de 2010 se celebró el acto de conciliación con la comparecencia de las partes, finalizando el acto con el resultado de sin avenencia. (Consta en las Actuaciones).".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por, D. Constancio , D. Fidel y D. Juan contra la empresa TRAMBESOS U.T.E. (constituida por las mercantiles MARFINA S.L. Y DETREN COMPAÑÍA GENERAL DE SERVICIOS FERROVIARIOS S.L.), y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL declaro la improcedencia del despido de los actores producido día 16 de febrero de 2012 con fecha de efectos del mismo día, y condeno a la empresa demandada a que opte entre readmitir a los actores en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o, a que le abone una indemnización de: D. Constancio , en la cuantía de 15.635,71 euros. D. Fidel en la cuantía de 9.416,97 euros, D. Juan en la cuantía de 21.124,51 euros. Indemnización a la que se deberá de deducir la que en su día les fue abonada a los actores, a razón de 20 días de salario por año trabajado y por un máximo de doce mensualidades. Absuelvo libremente al Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la responsabilidad legal subsidiaria que se pueda derivar de la presente resolución para este órgano conforme a lo previsto en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores .".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Constancio , DON Fidel y DON Juan ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 30 de abril de 2013 , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación que formula Constancio , Fidel , Juan contra la sentencia del juzgado social, 29 de BARCELONA, autos 265/2012, de fecha 6 de agosto de 2012, seguidos a instancia de Constancio , Fidel , Juan , contra las empresa TRAMBESOS U.T.E. (forman la UTE, las mercantiles MARFINA S.L. Y DETREN COMPAÑÍA GENERAL DE SERVICIOS FERROVIARIOS S.L.), FCC CONSTRUCCIONES, S.A, COMSA, S.A, NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., VERSIA S.A, VERSIA SOLUCIONES TECNOLÓGICAS S.A., VEOLIA TRANSPORT, MOVENTISL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en procedimiento de impugnación de despido, debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos.".

TERCERO.- Por la representación de DON Constancio , DON Fidel y DON Juan se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 28 de junio de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 17 de febrero de 2011, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 25 de enero de 2011 y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en fecha 23 de febrero de 2011.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de febrero de 2014 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de interesar se declare la procedencia del primer motivo del recurso y la desestimación de los dos restantes, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de noviembre de 2014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La sentencia recurrida contempla el caso de tres trabajadores, conductores de tranvías, de profesión, al servicio de la demandada, que fueron despedidos por esta con efectos del 16 de febrero de 2012 mediante carta en la que se les imputaba haber superado los límites de absentismo. Contra esa decisión empresarial accionaron pidiendo que sus despidos se declarasen nulos o subsidiariamente improcedentes, pretensión esta última que acogió la sentencia de instancia, tras desestimar la de nulidad. En suplicación, la sentencia, tras estimar probado que los trabajadores acreditaban unos porcentajes de absentismo del 74% (Sr. Fidel) 25'75% (Sr. Constancio) y 35% (Sr. Juan), lo que era irrelevante porque la empresa aceptaba la improcedencia de los despidos, desestimó el recurso de suplicación interpuesto reiterando las pretensiones de nulidad. Resumidamente, las alegaciones de violación de la libertad sindical se desestimaron porque cuando por ellos se constituyó la sección sindical de CGT, el 13 de febrero de 2012, la empresa hacía cuatro días que había notificado al comité de empresa su intención de despedirlos por su elevado absentismo y no conoció la existencia de esa sección hasta la producción del despido. La de discriminación por discapacidad del Sr. Fidel porque cuando se le contrató casi cuatro años antes ya tenía reconocida una incapacidad permanente total, aparte que la discapacidad no era relevante a esos efectos porque no constaba la existencia de un nexo causal entre la discapacidad y las faltas de asistencia al trabajo. Finalmente, tampoco se estimó discriminatorio el despido del Sr. Juan por el hecho de que tuviera su jornada reducida para el cuidado de su madre, habida cuenta que el despido, aunque se declaraba improcedente, tenía su origen no en la reducción de jornada, sino en las faltas de asistencia al trabajo no justificadas, en faltas por enfermedad y en las ausencias al trabajo por asuntos propios sin retribución.

Contra la anterior sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación para unificación de doctrina por los trabajadores.

SEGUNDO.- 1. Como sentencia de contraste para el éxito de la pretensión de nulidad del despido del trabajador que tenía reducción de jornada para el cuidado de su madre, cita el recurso la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 17 de febrero de 2011 (R.S. 6018/2010). En esta sentencia se declaró nulo el despido por causas económicas de una trabajadora que tenía concedida y disfrutaba de una reducción de jornada para el cuidado de un hijo de un año, porque, al ser inviable la declaración de procedencia del cese, se imponía la declaración de nulidad objetiva que se derivaba de la norma y de la S.TC. 92/2008 , al tratarse del ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral y familiar.

Las sentencias comparadas, a efectos de viabilizar el presente motivo del recurso, conforme al artículo 219 de la L.J .S. son contradictorias, en los términos requeridos por el citado precepto, como ha dictaminado el Ministerio Fiscal. En efecto, en ambos supuestos se trata del despido por causas objetivas de trabajadores con reducción de jornada para el cuidado de un familiar. Y pese a la identidad existente, a que se trataba de personas disfrutando de una reducción de jornada, prevista en el art. 37, número 5 del E.T ., las sentencias comparadas han realizado una aplicación diferente de lo dispuesto en el artículo 53-4-b) del E.T ., sin que exista causa que, aparentemente, justifique esa disparidad. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a resolver y unificar esa discrepancia doctrinal.

2. El recurso, sobre el motivo examinado, denuncia la violación de los artículos 53-4 y 37-5 del É.T . por no haberse corregido la discriminación de la que ha sido objeto el recurrente afectado por ella.

El motivo debe prosperar porque, como en supuestos semejantes de guarda o atención a un familiar ha declarado esta Sala (SS. TS. de 16 de octubre de 2012 (Rcud. 247/2011) y 25 de enero de 2013 (Rcud. 1144/2012) entre otras, como las en ellas citadas que sigue a la del T.C. nº 92/2008, de 21 de julio , la protección que los preceptos citados otorgan quedaría vacía de contenido si no conllevara la nulidad objetiva de las conductas que atentan contra él, cual acaece con los despidos que se consideran improcedentes. Así en nuestra sentencia de 25 de enero de 2013 finalizamos diciendo: "Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa ... al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre»."

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la decisión recurrida ha de



ser casada y anulada, con aplicación de las consecuencias previstas en los arts. 55.6 ET y 113 L.R.J.S. con respecto al trabajador al que afecta el presente motivo del recurso, pues nuestra doctrina es aplicable también a supuestos como el presente.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso pretende la nulidad del despido del Sr. Fidel por discriminatorio, al tener su causa en la discapacidad del trabajador recurrente.

Como sentencia de contraste, a efectos de viabilizar este motivo del recurso, conforme al art. 219 de la L.J. .S., se cita la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede de Las Palmas) el día 25 de enero de 2011 (R.S. 204/2010). Se contempla en ella el caso de un trabajador que fue objeto de baja por enfermedad por un Hodkin del que fue intervenido y tratado luego con poliquimioterapia. La empresa lo despidió porque las continuas faltas de asistencia por I.T. no hacían rentable el mantenimiento del contrato de trabajo, a la par que reconocía la improcedencia del despido y ofrecía la oportuna indemnización. Impugnado el despido, la sentencia de suplicación, alegada como contradictoria declaró la nulidad del despido por discriminatorio, al fundarse en la enfermedad de larga duración que padecía el trabajador que sólo llevaba de baja seis meses por ella.

Las sentencias comparadas no son contradictorias porque, aunque contemplan pretensiones semejantes con base en fundamentos similares, los hechos que fundaban esas pretensiones en cada caso eran diferentes. En efecto, en el caso de la sentencia recurrida el trabajador tenía reconocida una discapacidad, al haber sido declarado en situación de incapacidad permanente total antes de ser contratado de nuevo por quien lo despidió por absentismo, sin que conste que las ausencias se deban a la enfermedad causante de la discapacidad. Por contra en el caso de la sentencia de contraste no existía el reconocimiento de una discapacidad previa y las ausencias por incapacidad temporal, iniciadas seis meses antes del despido por un cáncer se debían en su integridad a la enfermedad que aquejaba y que llevaron a la empresa a decidir el despido por no ser rentable el contrato y preferir pagar indemnización por despido procedente.

Las diferencias son esenciales porque, aunque a la vista de la S.T.J.U.E. de 11 de abril de 2013 haya que matizar o precisar nuestra doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación (SS.TS. 22-1-08 (R. 3995/06) y 22-11-2007 (R. 3907/06) entre otras), en el caso de la sentencia de contraste consta que la enfermedad, curable o incurable, que causaba la baja fue en todo momento la misma, mientras que en el caso de la sentencia recurrida no consta que la enfermedad causante de las reiteradas ausencias fuese la misma que motivó la declaración de incapacidad.

En esa diferencia se fundó la sentencia recurrida para decidir y ello obliga a estimar que las sentencias comparadas no son contradictorias porque ese argumento no se pudo usar en el caso de la sentencia de contraste. Procede en atención a ello desestimar el motivo del recurso examinado con base en el art. 219 de la L.J. .S..

CUARTO.- El último motivo del recurso afecta a los tres demandantes e insiste en la nulidad de los despidos por discriminatorios, al tener su causa real en la afiliación sindical de los despedidos, sin que por la sentencia recurrida se hayan invertido las normas que regulan la carga de la prueba, pese a los indicios de violación de un derecho fundamental que existen.

Para acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, según el art. 219 de la L.J. .S.. se trae. como sentencia contrapuesta a la recurrida, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra el día 23 de febrero de 2011 (R.S. 28/2011). Se contempla en ella el caso de dos trabajadores, afiliados al sindicato E.S.K., que fueron despedidos el 30 de julio de 2010, tras finalizar el 2 de junio de 2010 el proceso electoral al que concurrieron los dos trabajadores en la lista del sindicato ESK, sindicato que fue el más votado y que obtuvo el mayor número de representantes electos. Se da la circunstancia de que la empresa por causas objetivas despidió a tres miembros de la lista del sindicato ESK, sin que haya justificado o dado razón suficiente de la causa por la que eligió a estos trabajadores y no a otros, ni por la que optó por el despido de más miembros del sindicato con más número de votos en la últimas elecciones.

Como ha dictaminado el Ministerio Fiscal, las sentencias comparadas en el presente motivo del recurso no son contradictorias en los términos requeridos por el art. 219 de la L.J. .S., ya que son diferentes los hechos contemplados en cada caso. En efecto, en el caso de la sentencia recurrida la empresa, cuando tomó la decisión de despedir por absentismo a los actores, no sabía cual era su afiliación sindical, ni que pensaban constituir una sección sindical hecho que conoció días después de notificar al comité de empresa su decisión de despedir, más concretamente cuando notificó las cartas por despido, siendo de destacar que, además, que la sección sindical se creó cuatro días después de notificarse la próxima producción de los despidos al comité de empresa. Diferentes son los hechos que contempla la sentencia de contraste, pues en ese caso la afiliación sindical de los trabajadores despedidos y su participación en tareas sindicales si era conocida por la empresa



antes de acordar los despidos, sin que, posteriormente, aportara razones que justificaran el despido de los demandantes antes que el de otro personal o el de afiliados a otro sindicato.

La falta de contradicción de las sentencias comparadas en los términos requeridos por art. 219 de la L.J .S. es causa bastante para fundar la desestimación del motivo del recurso examinado.

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

FALLAMOS

Que estimando, como estimamos en parte el recurso de casación interpuesto por el Letrado Don Vidal Masramon Carmona en nombre y representación de DON Constancio , DON Fidel y DON Juan contra la sentencia dictada el 30 de abril de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 1039/2013 , interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de agosto de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona , en autos núm. 265/2012, debemos casar y anular la sentencia recurrida en cuanto confirma la declaración de improcedencia del despido de D. Juan , cuyo cese calificamos de nulo con las consecuencias legales inherentes a esa declaración y expresa condena a la empresa a estar y pasar por esa declaración. Simultáneamente, desestimamos los recursos de los demás demandantes y confirmamos el resto de los pronunciamiento de la sentencia recurrida. 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. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.