



Roj: **STS 3728/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3728**

Id Cendoj: **28079140012019100705**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2019**

Nº de Recurso: **1790/2017**

Nº de Resolución: **730/2019**

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

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1790/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 730/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. Rosa María Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 23 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Alfonso Jiménez Mateo, en nombre y representación de la mercantil RESTEL, S.A., contra la sentencia dictada el 23 de febrero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 599/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 37 de Madrid, de fecha 9 de marzo de 2016, recaída en autos núm. 662/2015, seguidos a instancia de D.<sup>a</sup> Milagros contra Restel, S.A. y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre despido.

Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Milagros, representada y defendida por el letrado D. Óscar Duque Trigueros.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 9 de marzo de 2016 el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" 1º.- La actora, doña Milagros, con DNI NUM000, ha venido prestando servicios para la demandada desde el 10/5/2013 en virtud de contrato temporal transformado en indefinido el día 9/5/2014, con la categoría profesional de auxiliar administrativo y salario mensual de 1.288,44 euros, incluida prorrata de pagas extraordinarias.



2º.- El día 15/4/2015 los trabajadores del departamento de administración remitieron a la Jefe del Departamento, Doña Ramona la propuesta de vacaciones de verano. El día 5/5/2015 la misma Jefe del Departamento comunica a los trabajadores en forma verbal que estaban obligados a disfrutar tres semanas seguidas de vacaciones en el período estival y que las fechas de disfrute debían situarse entre principios de junio y finales de septiembre. Mostraron su desacuerdo en ese momento la hoy actora, y otras dos trabajadoras, Doña Rosana y Doña Salome . La jefe del departamento les dijo que lo comentaría con el Director General. Al día siguiente, el 6/5/2015 Doña Ramona les confirmó que la forma en que debían disfrutar las vacaciones de verano era en tres semanas seguidas y en tres periodos determinados. La hoy actora y Doña Rosana acudieron a hablar del tema con la Jefe de Recursos Humanos, Doña Tamara quien les dijo que debían presentar su reclamación por escrito. Todo ello resulta de la testifical practicada en el acto del juicio.

3º.- Ese mismo día, antes de que procedieran a presentar su reclamación por escrito, la empresa entregó a la trabajadora carta del siguiente tenor literal: "Muy Sra. Nuestra: Por la presente le comunicamos que la Dirección de esta Empresa ha tomado la decisión de extinguir la relación laboral que mantiene con Ud con efectos de hoy día 06 de Mayo de 2015, todo ello en base a los siguientes hechos, que han venido desarrollándose en el tiempo de forma continuada: Desde hace ya tiempo, Ud. ha venido incurriendo en una constante disminución, que entendemos voluntaria y sin causa justificada, en su rendimiento en su puesto de trabajo. Por todo ello, se ha valorado que su actitud hacia el trabajo no se adecúa a los requerimientos que te son exigidos por parte de la empresa teniendo su reflejo a nivel de su productividad laboral. Tales hechos se encuentran tipificados como justa causa de despido en el art. 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores. Por todo ello, se procede a su despido disciplinario, de acuerdo con el actual art 54 del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo tiene a su disposición en las dependencias de la empresa la nómina del mes en curso y su finiquito. Lamentando habernos visto obligados a tomar esta decisión".

4º.- El informe sobre la infracción imputada a la trabajadora en la carta de despido se emitió el día anterior al despido, esto es, el 5/5/2015. Dicho informe obra a los folios 266 y ss, dándose su contenido por reproducido en su integridad.

5º.- En la misma fecha se despidió a Rosana .

6º.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el último año la representación legal de los trabajadores.

7º.- La actora presentó papeleta de conciliación el día 11/5/2015, celebrándose el acto el 1/6/2015 con el resultado de "sin avenencia".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que, ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por DOÑA Milagros frente a la empresa RESTEL, S.A., habiendo intervenido el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), DECLARO NULO EL DESPIDO Y CONDENO a la empresa demandada a la inmediata readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían hasta la fecha del despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (6/5/2015) hasta la fecha de la reincorporación a razón de 42,35 euros diarios. En cuanto al FOGASA, este organismo estará a la responsabilidad que legalmente le corresponde".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa demandada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 23 de febrero de 2017, en la consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa RESTEL SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 37 de Madrid con fecha 09 de marzo de 2016 en autos 662/2015, sobre despido, seguidos a instancia de doña Milagros contra la empresa recurrente y en su consecuencia confirmamos la citada resolución. Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir, así como al pago de 400 euros en concepto de honorarios al letrado impugnante".

**TERCERO.-** Por la representación letrada de mercantil demandada se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas), de 13 de febrero de 2015 (RSU. 1247/2014). La parte considera infringidos los artículos 55 del Estatuto de los Trabajadores y 24 del Constitución Española.

**CUARTO.-** Admitido a trámite el presente recurso, se dio 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. Evacuado el traslado de impugnación y alegaciones, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que el recurso ha de ser desestimado.

**QUINTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de octubre de 2019, fecha en que tuvo lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. 1.-** La cuestión sobre la que versa el presente recurso de casación unificadora es la de determinar si concurren indicios suficientes de vulneración del derecho a la indemnidad, en la actuación de la empresa que despidió disciplinariamente a la trabajadora el mismo día en que presenta una reclamación verbal por no estar de acuerdo con las fechas que le han sido asignadas para el disfrute de las vacaciones.

El juzgado de lo social considera que las circunstancias del caso acreditan la existencia de indicios que hacen sospechar que la decisión empresarial es una represalia a la actuación de la trabajadora, tras la queja verbal expresada ante la dirección de la empresa, y que por consiguiente atenta contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la garantía de indemnidad, sin que la empleadora haya aportado prueba objetiva y razonable que pudiese justificar su decisión de despedirla disciplinariamente al día siguiente de presentar aquella reclamación.

El recurso de suplicación de la empresa es desestimado en la sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid de 23 de febrero de 2017, rec. 599/2016, que confirma en sus términos la resolución de instancia.

**2.-** Contra dicha sentencia se formula el recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se invoca como sentencia de contraste la de la Sala Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 13 de febrero de 2015, rec. 1247/2014.

El Ministerio Fiscal y la trabajadora en su impugnación, niegan la existencia de contradicción y solicitan por ese motivo la desestimación del recurso.

**SEGUNDO.1.-** Debemos resolver en primer lugar si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción, en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

Los datos relevantes de la sentencia recurrida, son como siguen: 1º) La trabajadora es auxiliar administrativa con una antigüedad en la empresa de 10/5/2013; 2º) El día 15/4/2015 los trabajadores del departamento de administración remitieron a la jefa del departamento la propuesta de vacaciones de verano; 3º) El día 5/5/2015, la misma jefa del departamento les comunica de forma verbal que tienen que disfrutar tres semanas seguidas entre junio y septiembre. En ese mismo momento, la actora y otras dos trabajadoras mostraron su desacuerdo y la jefa del departamento les indica que lo comentará con el director general; 4º) El día 6/6/2015 les confirma que tendrán que disfrutar las vacaciones en esas fechas. La actora y otra de sus compañeras acudieron a hablar del tema con la jefa de recursos humanos, quien les dijo que debían presentar una reclamación por escrito. Ese mismo día le notifican a la demandante la carta de despido disciplinario por disminución voluntaria e injustificada del rendimiento; 5º) En la carta de despido se indica, simplemente, que esa actuación ha venido desarrollándose de forma continuada en el tiempo, y que su actitud no se adecúa a los requerimientos que le son exigidos por la empresa teniendo su reflejo a nivel de su productividad laboral. No se ofrece ningún dato objetivo concreto, no se da ninguna comparativa, ni se menciona ninguna específica actuación de la trabajadora; 6º) En la misma fecha se despidió igualmente a la otra trabajadora que acompañó a la actora a presentar la queja verbal ante la jefa de recursos humanos.

En esas circunstancias la sentencia considera debidamente acreditado los indicios que hacen sospechar que la decisión empresarial es una represalia a la reclamación de la trabajadora frente a las fechas fijadas por la empresa para las vacaciones, valorando la queja verbal presentada por las mismas ante las jefas del departamento de administración y de recursos humanos como un acto preparatorio del ejercicio de acciones judiciales, aunque no hubiere tenido ocasión de formalizarla por escrito, como se le indicó por esta última, al ser despedida en ese mismo día.

Tras lo que concluye que la empresa no ha justificado que su decisión obedezca a una causa objetiva y ajena a la actuación de la trabajadora, y declara la nulidad del despido.

**2.-** En el supuesto de la sentencia de contraste: 1º) El trabajador es conductor de transporte discrecional de pasajeros con una antigüedad de 25 de noviembre de 2011; 2º) En fecha 28 de octubre de 2012 remite un burofax a la empresa para poner en su conocimiento que no desea realizar más horas extras, y que pretende ajustar su jornada a la ordinaria de 48 horas semanales con dos días de descanso semanales, conforme a lo previsto en el convenio colectivo. Otros 17 trabajadores de la empresa hicieron lo mismo entre 2012 y 2013; 3º) El 1 de marzo de 2013 fue sancionado con 15 días de suspensión de empleo y sueldo, alcanzándose un acuerdo en conciliación judicial el 18 de junio de 2013, por el que la sanción quedó en 7 días de suspensión de empleo y sueldo; 4º) En fecha 13 de septiembre de 2013 la empresa le notifica la apertura de un expediente disciplinario y el día 23 le entrega carta de despido disciplinario. En la que le imputa que el día 25 de agosto se negó a realizar un servicio en el aeropuerto en presencia de los clientes a los que debía transportar, haciendo aspavientos y



elevando el tono de voz ante los mismos, hasta abandonar el lugar dejando a los clientes dentro del vehículo, lo que obligó a la empresa a buscar un sustituto, y dio lugar a una queja de la agencia de viajes por correo electrónico de fecha 12 de septiembre; 5º) La sentencia del juzgado de lo social declaró la nulidad del despido, por entender que era una represalia de la empresa a la negativa del actor a realizar horas extraordinarias.

En esas circunstancias la sentencia referencial considera probado que el actor se negó efectivamente a realizar aquel servicio, pero estima justificada su decisión, ante el hecho de que eran ya las 20 horas y el trabajador terminaba su jornada a las 21 horas, motivo por el que no tenía tiempo material para trasladar a los pasajeros, mientras la empresa ya tenía constancia de su voluntad de no realizar horas extraordinarias.

Por esa razón califica el despido como improcedente, pero acoge en parte el recurso de la empresa y revoca la sentencia de instancia que declaró su nulidad, al considerar que no había indicios que hicieren sospechar que la decisión empresarial era un atentado a la garantía a la indemnidad del trabajador, en tanto que su actuación previa se había limitado a enviar a la empresa aquel burofax de 28-10-2012 para hacerle saber que no realizaría más horas extras - como igualmente hicieron un total de 17 trabajadores entre 2012 y 2013-, sin que hubiere iniciado acción u acto preparatorio alguno en defensa de su derecho, más allá de reclamar el importe de las ya efectuadas hasta esa fecha, y que su única acción contra la sanción que se le impuso en marzo de 2013 fue un hecho puntual que acabó con acuerdo.

**TERCERO.1.-** A la vista de las diferentes circunstancias concurrentes en cada uno de los asuntos en comparación, no puede apreciarse la existencia de contradicción.

Las dos sentencias aplican en realidad la misma doctrina, en lo que se refiere a la vulneración de la garantía a la indemnidad del trabajador que integra el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24. 1 de la Constitución.

Si alcanzan un distinto resultado es porque la referencial no ha considerado suficientes los indicios aportados por el trabajador a tal efecto, lo que lleva a la Sala a concluir que ninguna de sus actuaciones anteriores guarda relación con el despido, que tiene lugar por los hechos acontecidos el 24 de agosto de 2013. La sentencia declara probado que el trabajador efectivamente se negó a efectuar el servicio que la empresa le encargó aquel día, lo que demuestra que ciertamente se produjo el incidente en el que se sustenta la carta de despido, por más que luego se considere justificada la negativa del trabajador a realizarlo por exceder su jornada de trabajo.

Nada de esto concurre en el caso de la recurrida, en el que la empresa imputa en la carta de despido una genérica y abstracta disminución de rendimiento, sin aportar el más mínimo elemento de juicio que permita concretar esa posible falta disciplinaria, con la circunstancia añadida de que también despide a la otra trabajadora que presentó la misma queja verbal que la demandante.

Por otra parte, en el supuesto de la referencial el despido se produce casi un año después de la remisión del burofax por parte del trabajador, y en ese tiempo se había llegado incluso a pactar en conciliación una sanción de 7 días de suspensión de empleo y sueldo, lo que juega en el sentido de alejar las sospechas sobre la verdadera intencionalidad de la posterior actuación empresarial de septiembre.

**2.-** En todo caso, y es lo fundamental desde la perspectiva de la vulneración de la garantía a la indemnidad, en el asunto de la sentencia referencial el trabajador no había presentado ninguna queja contra la empresa con anterioridad al despido, en reclamación de un concreto derecho que le hubiere sido denegado previamente por la empleadora, que pudiese obligarle a ejercitar acciones judiciales en caso de mantener su negativa a reconocerle lo que hubiere reclamado. Tan solo se trataba de una declaración unilateral de voluntad, para poner de manifiesto su intención de no realizar más horas extras a partir de esa fecha. Eso justifica que la sentencia no lo haya calificado como un acto preparatorio previo a un eventual litigio entre las partes.

A diferencia del caso de la sentencia recurrida, en el que la empresa negó la petición de la trabajadora de realizar las vacaciones en la forma solicitada por la misma, lo que le obligaba a emprender las acciones oportunas para vencer la negativa de la empresa y hacer valer el derecho que la empleadora le había denegado. En ese contexto se enmarca la queja formal que de manera verbal presentó por dos veces ante sus superiores, que la sentencia recurrida valora como un acto previo y preparatorio de las eventuales acciones judiciales que debiere iniciar para combatir la decisión de la empresa.

Es verdad que esa reclamación fue de carácter verbal, pero no solo ha quedado perfectamente demostrado que efectivamente se había presentado por partida doble, sino que la propia empleadora le hizo saber que tenía que formularla por escrito pero la despide inmediatamente después sin darle siquiera la oportunidad de hacerlo.

Diferencia sustancial entre uno y otro asunto, que justifica perfectamente que las sentencias en comparación hayan alcanzado un resultado distinto a la hora de valorar la actuación del trabajador previa al despido, en orden a la acreditación de la existencia de indicios de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial.



A lo que pueden añadirse otras consideraciones que desvirtúan la concurrencia del requisito de contradicción, singularmente, la inmediatez del despido disciplinario de la actora que tiene lugar el mismo día en el que su reclamación verbal, así como la absoluta ausencia de cualquier fundamento o justificación específica de la carta de despido, que se limita a invocar de manera especialmente abstracta y genérica la socorrida causa de disminución voluntaria e injustificada del rendimiento, sin la menor concreción. Mientras que en la sentencia referencial el despido tiene lugar casi un año después de aquel burofax del trabajador y se sustenta en unos hechos concretos que ciertamente se produjeron, con la negativa del trabajador a realizar el servicio de transporte que le había sido encomendado.

Esas distintas circunstancias impiden considerar que estemos ante doctrinas contradictorias que sea necesario unificar.

**CUARTO.** Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, concurre un motivo de inadmisión del recurso que en esta fase del procedimiento constituye causa de su desestimación. Con imposición a la recurrente de las costas del recurso que establecemos en la cuantía de 1.500 euros, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por RESTEL, S.A., contra la sentencia dictada el 23 de febrero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 599/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 37 de Madrid, de fecha 9 de marzo de 2016, recaída en autos núm. 662/2015, seguidos a instancia de D.ª Milagros contra Restel, S.A. y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre despido.

2º) Confirmar en sus términos la sentencia recurrida y declarar su firmeza. Con imposición de las costas a la empresa recurrente en la suma de 1.500 euros. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.