

Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia 378/2018 de 20 Feb. 2018, Rec. 3178/2017

Ponente: Fernández Ardavín, Luis Cayetano.

Nº de Sentencia: 378/2018

Nº de Recurso: 3178/2017

Jurisdicción: SOCIAL

Condenada una empresa a pagar 6.000 euros a un trabajador al que sancionó por no llevar el uniforme de verano pese a tener alergia

GARANTÍA DE INDEMNIDAD. La sanción laboral de suspensión de empleo y sueldo de 15 días impuesta por la empresa al delegado sindical por negarse a utilizar un polo en lugar de una camisa en el uniforme de verano, justificada su conducta desobediente al padecer alergia, vulnera los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva, libertad sindical y no discriminación como reacción a la presentación de denuncias ante la Inspección y actitud reivindicativa del trabajador. Se da la circunstancia que a un compañero de trabajo, tras justificar una patología igual, sí fue eximido de llevar polo, lo que revela que fue vulnerado el derecho del trabajador a la no discriminación. Derecho del trabajador a percibir una indemnización por daños y perjuicios en la cuantía proporcionada a la entidad de la vulneración de sus derechos fundamentales.

El TSJ Principado de Asturias estima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón y declara nula la sanción laboral por vulnerar derechos fundamentales condenando a la empresa a tal declaración, al abono de los salarios dejados de percibir por la sanción y al abono de indemnización adicional por daños.

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00378/2018

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33024 44 4 2016 0002482

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003178 /2017

Procedimiento origen: SANCIONES 576/201

RECURRENTE/S D/ña Camilo

ABOGADO/A: LORETO RODRIGUEZ DIAZ

RECURRIDO/S D/ña: EBROBUS, S.L.U, MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A: JOSE IGNACIO RODRIGUEZ-VIJANDE ALONSO

Sentencia núm. 378/2018

En OVIEDO, a veinte de febrero de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el Tribunal de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, formado por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVÍN y D. JOSÉ FÉLIX LAJO GONZÁLEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 3178/2017, formalizado por la Letrada D^a Loreto Rodríguez Díaz, en nombre y representación de D. Camilo , contra la sentencia número 385/2017 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de GIJÓN en el procedimiento SANCIONES 576/2016, seguido a instancia del citado recurrente frente a la empresa EBROBUS, S.L.U., representada por el Letrado D. José Rodríguez-Vijande Alonso, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y habiéndose designado Magistrado-Ponente al **Ilmo. Sr. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVÍN** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Camilo presentó demanda contra la empresa EBROBUS, S.L.U., siendo parte el MINISTERIO FISCAL y habiéndose turnado para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 385/2017, de fecha nueve de octubre de dos mil diecisiete .

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- El actor presta servicios para la entidad demanda desde el 21 de octubre de 1994 con categoría de conductor perceptor y salario diario de 76,66 euros. Es representante sindical y delegado de salud y seguridad. Rige la relación laboral el convenio colectivo de empresas de transporte de viajeros por carretera.

2º.- En fecha 6 de julio de 2016 se intenta la entrega de la siguiente misiva, siendo verbalmente advertido en presencia de varios testigos, con el contenido que sigue:

EBROBRUS, SLU

C/ Pepe Cosmen, S/N

33001 OVIEDO (ASTURIAS)

Tel: 985 96 96 73

Fax: 985 96 96 71

Oviedo, 6 de julio de 2016.

Camilo

Conductor-Perceptor

Por la presente se le informa que, en fecha 6 de julio de 2016 la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo del Transporte por Carretera de Asturias ha acordado por unanimidad que, la interpretación correcta en relación al Artículo 37.2 del referido Convenio Colectivo es que la entrega de camisas de verano, bien puede ser de camisa de verano o prendas similares habituales a época estival, como polos o camisetas.

En base a lo anterior, le rogamos que desde el día siguiente a la recepción del presente documento, Vd. debe hacer uso correcto del uniforme de verano establecido por la empresa (polo y pantalón), de lo contrario nos veremos en la

obligación de hacer uso de la potestad sancionadora que la ley otorga ala parte empresarial.

Sin otro particular,

Mauricio

Responsable RR.HH.

Con idéntico contenido y de fecha 8 de julio de 2016, se reitera el intento de entrega de otra misiva y se procede a la advertencia verbal.

Finalmente, en fecha 19 de julio se intenta nueva entrega de misiva, en presencia de testigos, con el siguiente contenido:

EBROBUS S.L.U.

Oviedo, 19 de julio de 2016

AA D. Camilo

Conductor-Perceptor

Muy señor nuestro:

No obstante, habiéndole recordado en repetidas comunicaciones la obligatoriedad del uso del polo de verano en la uniformidad de la Empresa, continúa Usted viniendo a trabajar sin el mismo.

Le informamos que tal actitud es constitutiva de indisciplina y desobediencia en el trabajo calificable según el régimen disciplinario en vigor como falta muy grave.

Le rogamos acuda a trabajar con el polo de verano, que una vez más le indicamos puede ser recogido en las oficinas de la Empresa, o de lo contrario nos veremos obligados a abrirle un expediente disciplinario.

Sin otro particular,

Mauricio

Responsable de RR.HH.

3º.- En fecha 25 de julio de 2016 se le hace entrega de carta por la que se comunica la apertura de expediente disciplinario, otorgándole un plazo de 10 días para efectuar alegaciones. Efectúa éstas señalando que era habitual por su parte el uso en verano de camisa de manga corta y que le resulta imposible utilizarlo por las reacciones alérgicas que le ocasiona. La empresa le requiere entonces en fecha 29 de julio para que aporte justificante médico de tal aseveración.

En fecha 25 de julio de 2016 se comunica al legal representante de los trabajadores la apertura del expediente disciplinario.

4º.- En fecha 24 de agosto y vía burofax se remite misiva con el siguiente contenido:

EBROBRUS, SLU

C/ Pepe Cosmen, S/N

33001 OVIEDO (ASTURIAS)

Tel: 985 96 96 73

Fax: 985 96 96 71

Oviedo a 24 de agosto de 2016

Estimados Sres.

Por medio de la presente les comunicamos que en esta fecha se hace entrega de notificación al trabajador D. Camilo con el siguiente tenor literal:

Oviedo a 24 de agosto de 2016

Sr. Camilo

Conductor-Perceptor

Muy señor nuestro:

En carta de fecha 25 de julio de 2016, se le comunicó la incoación de EXPEDIENTE DISCIPLINARIO CONTRADICTORIO, según el artículo 68.a) del Estatuto de los Trabajadores, por la presunta comisión de falta laboral de carácter "muy grave", exponiéndole el pliego de cargos y dándole plazo para formular los descargos que le convinieran.

Cumplimentado este trámite y llevadas a término las demás diligencias y comprobaciones pertinentes, se ha acreditado los siguientes hechos objeto de la apertura del expediente disciplinario:

Que desde el 21 de junio del año en curso, han sido numerosas las ocasiones en las que la parte empresarial le ha comunicado de forma verbal que Vd. debía de hacer un uso correcto de la uniformidad establecida en la empresa en época estival, periodo en el que como Vd. bien sabe, es obligatorio el uso del polo.

Que Vd. ha venido haciendo caso omiso de tales indicaciones, viniendo a trabajar desde la fecha anteriormente indicada, utilizando camisa en vez de polo, incumpliendo de este modo la IT-TTE-1.01 "Uniforme e imagen del personal de conducción" donde se establece que el personal de conducción, vestirá, durante la prestación del servicio, diferentes prendas según la temporada.

Que frente a su pasotismo ante las órdenes recibidas por parte de la empresa, en fecha 6 de julio de 2016, el Responsable de RR.HH. D. Mauricio se ha reunido con Vd. con el fin de entregarle personalmente la uniformidad de verano, acompañada de un escrito en el que se le comunicaba el uso obligatorio de la misma, negándose Vd. a recibir tanto la uniformidad como el escrito referido en presencia de testigos, y en el que Vd. mismo ha reflejado que no deseaba firmar.

Que en fecha 8 de julio de 2016, y tras comprobar que Vd. continuaba prestando servicios vistiendo camisa en vez de polo, la Auxiliar del Departamento de RR.HH. Dña. Josefina, ha intentado hacerle entrega de un escrito en el que se le informaba nuevamente de la obligatoriedad de hacer uso del polo, advirtiéndole que en caso contrario la empresa se vería en la obligación de sancionarle a Vd. una vez más se negó a recibir el escrito, el cual le ha sido enviado a través de burofax en fecha de 9 de julio de 2016.

Que ante la continua pasividad mostrada por Vd. frente a órdenes emitidas por parte de la empresa, en fecha 19 de julio de 2016, la Auxiliar del Departamento de RR.HH. Dña. Josefina, intentó una vez más, dialogar con Vd. con el fin de conocer el motivo por el que Vd. seguía sin hacer uso correcto del uniforme, a la vez que intentó hacerle entrega de un documento en el que se le recordaba nuevamente la obligatoriedad del uso del polo en época estival a la par que le recordaba, que de continuar con su comportamiento la empresa se vería en la obligación de sancionarle. Como en ocasiones anteriores, Vd. se ha negado a recibir dicho documento, respondiendo en tono chulesco y burlesco "todavía te quedan muchos que redactar". Dicho documento le ha sido enviado a través de burofax el mismo día de los hechos.

Cabe añadir que, en fecha de 18 de diciembre de 2015, ya fue sancionado por hechos relacionados con no llevar correctamente puesto el uniforme proporcionado por la empresa.

Por todo lo anterior, esta Dirección Considera que Vd. ha incurrido en comisión de falta laboral MUY GRAVE, según el Capítulo V del Laudo Arbitral de 24-11-2000 apartado c) "la trasgresión de la buena fe contractual, la indisciplina o desobediencia en el trabajo, la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y el hurto o robo realizado dentro de las dependencias de la empresa o durante el acto de servicio". Por ello, procedemos a sancionarle haciendo uso de la potestad sancionadora que la ley otorga a la empresa ante una falta de esta naturaleza con una SUSPENSIÓN DE EMPLEO Y SUELDO DE 15 DÍAS.

Una vez constatado desde el departamento de operaciones su solicitud de permiso de convenio y permiso sindical para los días 29 y 30 de agosto quedan sin validez las fechas de sanción enviadas por burofax el pasado 24/08/2016, haciéndose efectiva finalmente dicha sanción el 31 de agosto de 2016 al 14 de septiembre de 2016, ambos inclusive, reincorporándose a su puesto de trabajo el 15 de septiembre de 2016.

Igualmente se le advierte que hechos como los ocurridos no se vuelvan a repetir, de lo contrario será sancionado con mayor severidad.

Le rogamos que acuse recibo de la presente en el duplicado de la misma y en el lugar destinado a tal fin.

Recibí: La RLT Fdo. Cipriano

No habiendo sido efectivo el burofax se le hace entrega en fecha 31 de agosto de idéntica comunicación, pero modificados los días de cumplimiento, que ahora se establecen entre el 1 y el 15 de septiembre.

En fecha 24 de agosto de 2016 se da noticia igualmente de la imposición de la sanción. Ante el cambio de fecha de cumplimiento por imposibilidad de notificación de la sanción al trabajador, se procede a entregar nueva comunicación que modifica las fechas de cumplimiento, en fecha 31 de agosto. Reconoce el legal representante Sr. Genaro que fue notificado de la sanción.

5º.- El trabajador, conductor, D. Maximino fue requerido el verano anterior para hacer uso del polo uniformado. Así lo hizo, portando camiseta interior para evitar reacción alérgica. En el año 2016 presentó justificante médico que le eximió de tal obligación, pudiendo hacer uso de la camisa.

El conductor Víctor , venía haciendo uso indistinto en verano de polo o camisa hasta que fue requerido en el verano de 2016 para hacer uso de polo. Tras consultar a legales presentantes y gerente, comenzó a vestir polo.

6º.- Existe un acuerdo de la comisión paritaria de fecha 6 de julio de 2016 en el que se interpreta el artículo 37.2 del convenio colectivo de transportes por carretera del principado y que señala que la entrega de camisas de verano es que pueden ser camisas, polos o camisetas.

7º.- Presentó preceptiva papeleta de conciliación, resultando sin avenencia.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Desestimo la demanda presentada por D. Camilo frente EBROBUS S.L.U. absolviéndole de todas las peticiones efectuadas en su contra.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Camilo formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 21 de diciembre de 2017.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 8 de febrero de 2018 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de Gijón, recaída en Autos 576/2016, desestimó la demanda del actor, confirmando la sanción que le fue impuesta por la empresa demandada, de quince días de empleo y sueldo, por falta calificada de muy grave, consistente en desobediencia por negarse al principio del verano de 2016 a vestir un polo en su uniforme de conductor en vez de camisa de manga corta.

Recorre en suplicación la representación letrada del mismo, formulando un primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que interesa la modificación de los hechos probados a lo largo de cinco apartados:

En primer lugar solicita que se añada al ordinal primero el siguiente texto: "La empresa Ebrobus S.L.U. forma parte del Grupo Alsa, que integran otras muchas empresas que operan bajo tal nombre genérico, cada una de ellas con su propia representación sindical. El demandante es representante de los trabajadores en Ebrobus S.L.U. teniendo la representación de los trabajadores en esta empresa la Corriente Sindical de Izquierdas desde el 11 de agosto de 2015".

Señala que "la relevancia de la inclusión de este párrafo radica en que el conflicto por la entrega de uniformes y calzado de trabajo solo se produce en Ebrobus, siendo la única empresa que cuenta con representación de la Corriente Sindical de Izquierdas, y siendo esta afiliación sindical el motivo de la persecución que sufre mi mandante".

Invoca los folios 388, 389, 390 y 391 que contienen denuncias del actor como delegado de CSI sobre falta de entrega de uniforme y calzado. También señala los folios 81 y 82 que contienen nombramiento como representante sindical (hasta el folio 247 es prueba aportada por la empresa), los folios 84 del que dice que se deduce que el Grupo ALSA no entregaba calzado de trabajo, y el 289, un comunicado de Ebrobus del que resulta que ésta solo entregaba

calzado al trabajador que lo pide. Por otra parte indica el folio 84 otra vez, que contiene una circular del ALSA como grupo y las actas (folios 152 y 163) de reuniones de Ebrobus en los locales de ALSA. Finalmente refiere las comunicaciones que recibe firmadas por Mauricio , que dice en juicio pertenecer a TUA (otra empresa del Grupo), así como la ropa de trabajo incorporada a la prueba (polo y camisas que llevan el anagrama de ALSA). Concluye que sólo en la demandada, de todo el grupo, existe conflicto por la ropa de trabajo (única con representante de la CSI).

El análisis de las pruebas nos lleva a la estimación del motivo, en el presente apartado, pues, con independencia de los demás datos que se mencionan al razonar sobre la trascendencia de la modificación, ésta solo añade que Ebrobus S.L.U. forma parte del grupo ALSA, sin que se entre en la calificación de la naturaleza del grupo, lo cual resulta de los documentos señalados y que obran en el ramo de prueba de la propia demandada. Se advierte que se suprime la palabra "muchas". En cuanto a la calidad de representación del actor y el Sindicato por el que lo es, también resulta de la documentación que aporta la demandada.

Se estima pues este apartado del motivo, incorporando el texto propuesto (con la supresión del término "muchas").

SEGUNDO.- A continuación solicita que se modifique el ordinal tercero, de forma que el texto quede así redactado: "En fecha 25 de julio de 2016 se le hace entrega de carta por la que se comunica la apertura de expediente disciplinario, otorgándole un plazo de 10 días para efectuar alegaciones. Antes de formular alegaciones se aportó por el trabajador informe de su médico de familia de 28 de julio, acreditativo de padecer dermatitis de contacto y de haberla padecido diez años atrás. La empresa le requiere entonces en fecha 29 de julio para que aporte justificante médico que determine qué tipo de tejido le produce reacción. En fecha 25 de julio de 2016 se notifica al legal representante de los trabajadores la apertura del expediente disciplinario. Efectúa alegaciones señalando que era habitual por su parte el uso en verano de camisa de manga corta y que le resulta imposible utilizarlo por las reacciones alérgicas que le ocasiona".

Manifiesta la parte recurrente que la modificación es crucial para ella y sigue diciendo: "se fundamenta en la propia prueba aportada por la demandada, folios 106, 107 (escrito del demandante comunicando nuevamente su enfermedad y aportando informe médico), 108 (respuesta de Ebrobus), 109 a 113 (alegaciones a la sanción), que acredita que se aportó informe médico justificativo de la dermatitis el 28 de julio de 2016, antes de formular alegaciones a la sanción, y desde luego, antes de que se impusiera la sanción, imponiéndose de todas formas. Así, el requerimiento de la empresa del folio 108 no era a que aportara un justificante médico (pues ya lo había aportado), sino sobre qué tipo de tejido, pues el justificante médico que acreditaba la dermatitis ya estaba en su poder)".

De los documentos señalados (que pertenecen al ramo de prueba de la demandada) se deduce lo cierto de las aseveraciones y la procedencia de sustituir la redacción original del hecho probado tercero por la propuesta en el recurso.

TERCERO.- En tercer lugar interesa modificación del ordinal quinto, para el que propone la siguiente redacción: "El trabajador, conductor, Don Maximino fue requerido el verano anterior para hacer uso del polo uniformado. Así lo hizo, portando camiseta interior para evitar reacción alérgica. En julio de 2016 presentó justificante médico de su médico de familia, considerando su empleadora suficiente tal documento para eximirle del uso del polo, pudiendo hacer uso de la camisa sin haber aportado nunca informe de especialista ni pruebas de alergia".

Indica que "al folio 142 obra informe médico de este trabajador, aportado por la empresa, que está suscrito por la Médica de Familia Doña Raquel , del Centro de Salud de Ventanielles, y tiene fecha de 20 de julio de 2016, es decir, cuatro días antes de iniciarse el expediente sancionador contra Camilo ".

Argumenta como trascendencia de la modificación que, presentando idéntico documento, "se permite a un trabajador llevar camisa, pero se sanciona a Don Camilo . Al folio 30 se observa que el justificante médico que aportó el señor Camilo también es de su médico de familia, resultando evidente la discriminación y crucial la modificación de la redacción que se interesa, pues el testigo de la empresa Mauricio niega tener este documento de Camilo al minuto 39 de la vista, y califica el del señor Maximino como "certificado médico de tener alergia al polo", cuando de ningún modo es así, pues se trata de un informe del médico de familia diagnosticando una dermatitis de contacto, exactamente igual que Don Camilo ".

También solicita modificación del segundo párrafo del ordinal quinto, referido al trabajador para precisar que el requerimiento que se le hizo en el verano del 2016 fue después del 6 de julio. Explica que tales requerimientos

fueron efectuados después de la reunión de la Comisión Paritaria del 6 de julio. Dice que todo ese verano se siguieron utilizando camisas, como resulta de las fotos aportadas. Pero, ni la testifical ni las fotos pueden autorizar esa modificación, con independencia de lo que resulte de las argumentaciones sobre esa reunión de la Comisión Paritaria y el acuerdo alcanzado.

Se estima la modificación del primer párrafo al que alude este apartado referido al ordinal quinto, ya que resulta de la propia prueba aportada por la empresa.

CUARTO.- En este apartado se interesa la adición al hecho sexto del siguiente párrafo: "Dicho Acuerdo no entró en vigor hasta su publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias el día 23 de agosto de 2016".

Invoca el folio 255, copia del BOPA de 23 de agosto de 2016, señalando que el Convenio solo tenía prevista la entrega de camisas y no de polos.

No se admiten los términos referidos a la entrada en vigor, pues ello implica valoración jurídica, pero sí la fecha de publicación en el BOPA.

Finalmente se solicita el añadido de un ordinal séptimo del siguiente tenor: "El demandante, representante de los trabajadores y delegado de prevención, asistió en tal condición al procedimiento de protocolo de acoso laboral del trabajador Don Carlos Antonio , y asistió como testigo al juicio instado por éste contra la decisión empresarial de cambio de línea, entre mayo y diciembre de 2016. El demandante ha presentado diversas denuncias y reclamaciones contra la empresa Ebrobus ante la Inspección de Trabajo, en fecha entre 2014 y 2017, relativas a la entrega de ropa de trabajo, contrataciones en prácticas y condiciones de trabajo. El demandante ha asistido como testigo a juicios relativos al reconocimiento de ALSA como grupo empresarial, lo que conlleva el aumento de la antigüedad de toda la plantilla, y Ebrobus es la única empresa de todo el grupo que ha exigido la entrega de calzado de trabajo y de la ropa de trabajo según el Convenio Colectivo. El demandante ha sido objeto de expedientes sancionadores anteriores, habiendo aceptado la empresa la improcedencia de las sanciones o renunciado a hacer efectiva la sanción. Otros trabajadores afiliados a la CSI han sido objeto, en el año 2016, de expedientes sancionadores por faltas muy graves por no portar zapatos de la uniformidad, exceder la velocidad máxima permitida en 5 km/hora, o morder una manzana, siendo todas estas sanciones declaradas nulas o improcedentes por órganos judiciales, o conciliadas rebajando su entidad a infracción leve".

Asegura la representación del actor que tal añadido resulta de la documental aportada a los folios 325 a 392, que acredita las acciones de reivindicación realizadas por el demandante, anteriores a la sanción impuesta, pero la referencia a un número determinado de folios (del 325 al 392) no cumple los criterios y requisitos exigidos por la jurisprudencia para alcanzar eficacia revisoria en vía de suplicación, ya que es preciso señalar de cuál de ellos y en qué aspecto concreto se detecta el error que se trata de corregir. No se admite, pues, la revisión en este último apartado, sin perjuicio de los aspectos ya declarados probados, como las denuncias a la Inspección, que ya constan en los textos anteriores. Es decir, las denuncias a la Inspección sí se incorporan, porque sí se concretaron cada uno de los documentos.

QUINTO.- Con cita del artículo 193 c) del mismo Texto Procesal formula un segundo motivo, con objeto de que sea examinado el derecho aplicado en la Sentencia recurrida. En un primer apartado denuncia violación de derechos fundamentales regulados en los artículos 14 , 24 y 28 de la Constitución Española , artículo 4.2 c) y e) del Estatuto de los Trabajadores y artículos 17.1.2 y 55.5, en conexión con el 58 del mismo Cuerpo Legal , así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional que cita en el desarrollo del motivo. En consecuencia solicita la declaración de nulidad de la sanción impuesta, con devolución de los salarios dejados de percibir por consecuencia de la sanción, mas una indemnización de 6.000 euros por la vulneración de los derechos fundamentales.

En un segundo apartado denuncia vulneración de los artículos 14 , 15 y 24 de la Constitución Española , artículo 4.2 c) y e) del Estatuto de los Trabajadores , en conexión con los artículos 17.1.2 , 55.5 y 58 del mismo cuerpo legal , artículo 43 de la Constitución , artículo 37.2 del Convenio Colectivo , e igualmente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.

Destaca aquí que concurría en el trabajador un motivo justo para optar por la camisa del uniforme y no por el polo, y por tanto para desobedecer la orden empresarial. La orden empresarial debe ser legítima, y en este caso asistía

justificación al trabajador para no obedecerla por dos motivos:

1.- Está acreditado que el trabajador entregó en fecha 28 de julio de 2016 informe de su médico de familia donde se diagnosticaba de dermatitis de contacto, y se indicaba que tal padecimiento databa de 10 años de antigüedad (folio 130, prueba de la demandada), y aún así se le impone la sanción en el mes de agosto de 2016, cuando a fecha actual se considera suficiente un informe de un médico de familia, sin pruebas de alergia, para eximir al trabajador Don Maximino de usar el polo (folio 142, prueba de la parte demandada).

No puede sancionarse la conducta descrita como desobediencia, pues la orden dada por el empresario atentaba contra el derecho a la salud e integridad física, así como dignidad; en suma, contra los derechos fundamentales del trabajador, que tiene acreditado desde hace 10 años el padecimiento dermatológico que le produce el polo que entrega la empresa (folio 107, prueba de la parte demandada).

2.- La orden empresarial no estuvo precedida de circular u orden colectiva alguna, y contradecía el tenor literal del artículo 37.2 del Convenio Colectivo de Transporte de Asturias , texto en vigor desde su publicación en el BOPA de 23 de febrero de 2016 (solo cinco meses antes de la sanción), que preveía el uso de camisa en verano, siendo dicho texto el obligatorio y conocido por trabajadores y empresa a fecha de la imposición de la sanción.

En tercer lugar denuncia la infracción del artículo 3.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, en conexión con el 37.2 del Convenio Colectivo del Transporte por Carretera , y del principio de la buena fe contractual.

Señala que cinco meses antes de la sanción se pacta el Convenio Colectivo, que en el artículo 37.2 dispone que el uniforme de verano está integrado por dos camisas. Añade que "la empresa alega para obligar a sus trabajadores a usar el polo, que hay una Reunión de la Comisión Paritaria de 6 de julio que especifica la posibilidad de la empresa de entregar polos, pero este acuerdo no se publica hasta el 23 de agosto, luego a fecha de la sanción no era obligatorio, estando vigente el texto del Convenio según estaba aprobado".

Finalmente, en cuarto lugar, como subsidiario a los anteriores, interesa la declaración de improcedencia de la sanción por error en la tipificación de la infracción; vulneración del artículo 115.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y artículo 58.2 del Estatuto de los Trabajadores , así como del apartado c) de las faltas leves del Laudo Arbitral de 22 de marzo de 2000, publicado en el BOE de 24 de febrero de 2001.

QUINTO.- Invoca la parte recurrente un primer derecho, la no discriminación (artículo 14 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva, en su variante del llamado derecho a la indemnidad (artículo 24 CE) y el derecho a la libertad sindical (artículo 28 CE), con su reflejo en los artículos del ET 4.2 c) y e), artículo 17.1 y 2 y artículo 55.5 en relación con el 58. Ahora bien, cuando tal alegación se efectúa frente a un acto del empresario por el que se sanciona una actuación del trabajador, su análisis exige el exámen de la adecuación de tal sanción a la falta, si esta existe y en qué intensidad. Esto es, si la actuación del empresario se justifica en sí misma para que (aparte supuestos de la llamada pluricausalidad) se destruya la presunción establecida en el artículo 181.2, en caso de que la alegación de nulidad se funde en indicios suficientes de que hubo violación de derechos fundamentales.

Ello determina que se proceda a ese examen de los hechos y de la sanción impuesta, para lo que se destacan estos datos: 1º la sanción tiene como base el que el trabajador rechazó la orden de vestir polo en el uniforme de verano, haciéndolo con camisa de manga corta. 2º la orden de la empresa comienza el día 6 de julio de 2016, fecha en la que la Comisión Paritaria del Convenio decide que la interpretación correcta del artículo 37.2 del Convenio de Transporte por Carretera de Asturias , que disponía el uso de camisa de verano, era que la entrega de camisas de verano bien puede ser de camisa de verano o prendas similares habituales a época estival como polos o camisetas.

El citado acuerdo de la Comisión Paritaria se publicó en el BOPA el 23 de agosto de 2016.

c) El trabajador demandante, delegado sindical por el Sindicato Corriente Sindical de Izquierdas recibe carta de iniciación de expediente disciplinario, y antes de formular alegaciones, aportó a la empresa un informe de su médico de familia que indica que padece dermatitis de contacto y que ya la presentó diez años antes. El 29 de julio le requiere la empresa para que aporte justificante médico que determine qué tipo de tejido le produce reacción. En las alegaciones, efectuadas dentro del plazo de 10 días señala que no puede usar polo por las reacciones alérgicas que le ocasiona. El 24 de agosto se le notifica la carta de sanción.

d) El compañero de trabajo Maximino fue requerido en los mismos días para que usara polo, lo que hizo, situando

debajo una camiseta, porque le producía alergia. En esos días (julio de 2016) aportó a la empresa certificado de su médico de familia (prácticamente idéntico al del aquí demandante). La empresa lo consideró suficiente y le eximió de polo, permitiéndole usar la camisa, sin hacerle el requerimiento que sí hizo al demandante. El informe médico de Maximino lleva fecha de 20 de julio de 2016.

e) El trabajador demandante, como delegado sindical de la CSI presentó contra la empresa las denuncias que se recogen en el ordinal primero y en el séptimo.

SEXTO.- Pues bien, el solo hecho de que el Convenio vigente estableciera lo de las camisas y que la aclaración de la Comisión Paritaria adoptase un acuerdo (del que la empresa entiende que ya le autoriza a imponer polo en vez de camisa) pero que solo podía entrar en vigor a su publicación en el BOPA, ya que es muy discutible que pueda modificar el Convenio, pero en todo caso no antes de su publicación. Este hecho decimos, suprime toda posibilidad de sancionar por parte de la empresa. Por si fuera poco, el trabajador aportó justificante médico antes de resolverse el expediente sancionador (incluso antes de efectuar alegaciones), justificante que, en forma y términos idénticos la empresa consideró suficiente para otro trabajador.

Desde luego, llama la atención que la Juzgadora justifique la sanción acudiendo a una superada jurisprudencia que sostiene el "obedece y reclama". La orden es ilegal, además de que su incumplimiento no acarrea distorsión alguna del trabajo, con lo que el trabajador estaba en su derecho a desobedecer. Con ello se llegaría a la de revocar totalmente la sanción por no existir hechos constitutivos de falta (artículo 115.1 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

Es ahora cuando se aborda la alegación de nulidad por vulneración de derechos fundamentales, que analizamos a continuación.

SÉPTIMO.- Una vez decidido que la sanción no procedía por carecer de los hechos que la sustentaran, tenemos que analizar si se aprecian en el supuesto los indicios suficientes para aplicar el artículo 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Y es aquí donde cobra sentido la insistencia de la parte actora en plasmar que el demandante, delegado sindical por la CSI, viene presentando denuncias ante la Inspección de Trabajo, lo que hace como delegado en la empresa, firmadas por él mismo, en impresos de denuncia que llevan los membretes de su Sindicato. Esto conduce a analizar la posible vulneración del derecho a la indemnidad, amén de su derecho a la libertad sindical, y, como veremos, del derecho a la igualdad y no discriminación.

Tenemos que recordar que el derecho a la indemnidad no solo cubre las posibles represalias ante una acción judicial o administrativa en defensa de los derechos del trabajador, sino que cualquier reclamación ante la empresa en estadio anterior, que es seguida de lo que puede considerarse reacción de represalia, origina la presunción establecida en el art.181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Como hemos señalado en nuestra Sentencia de 10 de mayo de 2013, RSU 715/2013, el Tribunal Supremo resume la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la garantía de indemnidad en su Sentencia de 22 de diciembre de 2009 (en un supuesto de extinción de contratos laborales) en estos términos:

a) En la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de su derecho, con la lógica consecuencia de que una actuación empresarial basada en el hecho de haber ejercitado una acción en defensa de sus derechos laborales habría de calificarse de nula, conforme los artículos 24.1 de la Constitución Española (CE) y artículo 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores (ET) (por todas Sentencias del Tribunal Constitucional 196/2000 de 24 de julio , 55/2004 de 19 de abril y 171/2005 de 20 de junio). Y, además:

b) En la importancia que, en este campo de protección de derechos fundamentales, tienen los criterios aplicables en materia de prueba, de modo que, precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy regulada en los artículos 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) (Sentencias del Tribunal Constitucional 136/1996 de 23 de julio y 171/2005 , antes citada, entre otras muchas).

c) La finalidad de la prueba indiciaria es evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto

empresarial impida declarar que tal acto resulta lesivo del derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1986, de 21 de marzo), y sobre esta finalidad se asienta el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero consiste en la exigencia de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (Sentencias del Tribunal Supremo 266/1993 de 20 de septiembre y 85/1995 de 6 de junio). Solo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto por el demandante -que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba- mediante una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de existencia de la discriminación, recaerá sobre el demandado la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajeno a cualquier propósito lesivo del derecho fundamental, el acto empresarial cuestionado (Sentencias del Tribunal Supremo 90/1997, de 6 de marzo y 29/2002, de 11 de febrero)".

Finalmente, cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2006 , de 16 de enero , que recuerda la doctrina sobre el asunto en los siguientes términos: "En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, y que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (artículo 24.1 de la Constitución Española y artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores ; Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1993, de 18 de enero , FJ 2 ; 38/2005, de 28 de febrero , FJ 3 ; y 182/2005, de 4 de julio , F12)".

OCTAVO.- Pues bien, esas denuncias se acredita que no solo han sido conocidas por la empresa, sino que motivaron requerimientos por parte de la Inspección, lo que se constituye en indicio suficiente de que la sanción es una reacción de la patronal contra esa actitud reivindicativa del trabajador demandante, lo que, seguido de una total ausencia de justificación objetiva y razonable de la medida adoptada por Ebrobus, determina la apreciación de vulneración del derecho fundamental alegado con base en el artículo 24.1 de la Constitución , así como vulneración del derecho a la libertad sindical del artículo 28 de la misma.

Pero es que, aparte del indicio suficiente no destruido, tenemos una vulneración del derecho a la no discriminación, que no nace de la aplicación del artículo 181.2 del Texto Procesal, sino que resulta del directo examen de un hecho probado: en las mismas fechas se acoge la justificación de un compañero para no utilizar el polo, mediante informe del médico de familia, mientras al que presenta el actor, prácticamente idéntico, es totalmente desconocido, lo que desencadenó la sanción en el expediente tramitado.

Se acoge, pues, la denuncia de vulneración de los tres derechos fundamentales que se analizan, lo que determina la estimación del recurso de suplicación por las denuncias formuladas en el primer apartado del motivo de examen del derecho, haciendo superflua la revisión del resto. Esta estimación conlleva la declaración de nulidad de la sanción impuesta, la condena al abono de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la misma y compensación de cualquier otro perjuicio económico. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 183.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se señala como indemnización adicional, proporcionada a la entidad de la vulneración de los derechos fundamentales, la de 6.000 euros.

En su virtud,

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por Camilo contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de Gijón, recaída en Autos 576/2016, revocamos dicha Resolución y declaramos nula la sanción impuesta al actor, por vulnerar derechos fundamentales del mismo, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonarle los salarios que hubiera dejado de percibir por tal imposición, así como a pagarle la indemnización de 6.000 euros en concepto de daños por la citada vulneración de derechos.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina** , que habrá de prepararse mediante escrito suscrito

por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro

del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221 , 230.3 de la LRJS , y con los **apercibimientos** contenidos en éstos y en los artículos 230. 4 , 5 y 6 misma Ley .

Depósito para recurrir

Conforme al artículo 229 LRJS , todo condenado que no sea trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, junto a ese escrito debe justificar el ingreso del **depósito para recurrir (600 €)**.

Forma de realizar el depósito

a) Ingreso **directamente en el banco** : se hará en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uría nº 1. El nº de cuenta, correspondiente al nº del asunto, se conforma rellenando el campo adecuado con 16 dígitos: 3366 0000 66, seguidos de otros cuatro que indican nº del rollo de Sala (se colocan ceros a su izquierda hasta completar los 4 dígitos); y luego las dos últimas cifras del año del rollo. En el impreso bancario hay indicar en el campo **concepto** : " **37 Social Casación Ley 36-2011**".

b) Ingreso por **transferencia bancaria** : constará el código IBAN del BS: ES55 0049 3569 9200 0500 1274; y el campo **concepto** aludido.

De efectuarse **diversos pagos o ingresos** en la misma cuenta se hará un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.