



Roj: **STSJ AR 780/2021 - ECLI:ES:TSJAR:2021:780**

Id Cendoj: **50297340012021100467**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **27/07/2021**

Nº de Recurso: **467/2021**

Nº de Resolución: **510/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE ENRIQUE MORA MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sentencia número 000510/2021**

**Rollo número 467/2021**

**MAGISTRADOS/A ILMOS/A. Sres/a:**

**D<sup>a</sup> MARÍA-JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**

**D. JOSÉ-ENRIQUE MORA MATEO**

**D. CÉSAR DE TOMÁS FANJUL**

En Zaragoza, a veintisiete de julio de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres/a. indicados al margen y presidida por la primera de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

### **S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación núm. 467 de 2021 (Autos núm. 257/2020), interpuesto por la parte demandante D. Luis Antonio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de Zaragoza de fecha 6 de mayo de 2021, siendo demandados SYNERGIE TT EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, MOWI IBERIA SL, y FOGASA, siendo parte MINISTERIO FISCAL en materia de despido. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ-ENRIQUE MORA MATEO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Luis Antonio contra Synergie TT Empresa de Trabajo Temporal y otros ya nombrados, siendo parte Ministerio Fiscal, en materia de despido y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº Tres de Zaragoza, de fecha 6 de mayo de 2021, siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Con desestimación de la demanda de despido interpuesta por D. Luis Antonio contra las demandadas SYNERGIE TT ETT, SAU y contra MOWI IBERIA, S.L. habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro procedente el despido del actor efectuado en 14/04/2020 convalidando la extinción del contrato de trabajo que se produjo con el despido sin indemnización ni salarios de tramitación."

**SEGUNDO** .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal siguiente:

"PRIMERO.-El actor, DON Luis Antonio cuyas circunstancias personales constan en autos, ha estado al servicio de la empresa demandada SYNERGIE TT ETT, SAU (en adelante SYNERGIE), en virtud de contrato de trabajo temporal de obra o servicio determinado, de fecha 3/09/2019 que obra unido a autos y se da por reproducido.

La categoría fijada fue la de mozo para tareas propias de manipulación de pescado, siendo la cláusula específica de obra o servicio identificado como "la realización de obra o servicio tareas de manipulación



y envasado de pescado motivado por la necesidad de crear Stock de producto final para la cobertura de peticiones urgentes del cliente DIA"; siendo la empresa usuaria MOWI IBERIA, S.L. (en adelante MOWI).

El salario promedio acreditado por el trabajador en periodo 09/2019 a 04/2020, incluidas horas extraordinarias, asciende a 43,05€. Se dan por reproducidas las hojas salariales del periodo objeto de prestación de servicios.

Las bases de cotización son las detalladas en documento nº 4 del ramo de la demandante.

SEGUNDO.-Consta contrato de puesta a disposición de 3/09/2019 entre la demandada SYNERGIE TT.ETT, SAU y la codemandada MOWI IBERIA, SL., estando esta mercantil dedicada a la cría y distribución de salmón, actualmente con sede en Mercazagoza. Se da por reproducido el contrato antes referido por documentado en autos.

La relación entre ETT y usuaria ha sido objeto de facturación entre partes respecto de los distintos trabajadores contratados para prestar servicios en usuaria. Se dan por reproducida documentación relativa a facturas emitidas obrantes en autos.

Otras ETT también tienen concertada actividad en la usuaria (test serológicos y PCR a trabajadores).

TERCERO.-El actor fue ocupado en la empresa usuaria MOWI en tareas propias de su ciclo productivo, de manipulado y envasado de salmón, siendo esta la actividad normal de la citada empresa.

MOWI tiene instaurado Código de Conducta con exigencia de cumplimiento de legalidad vigente, siendo los de salud y seguridad en el trabajo los descritos en páginas 34 y 35 del referido Código.

Ya antes de la pandemia por infección COVI el uso de mascarilla por personal de producción era obligatoria en zona de producción por exigencias de seguridad del producto (percedero). Los trabajadores estaban exentos de llevar mascarilla fuera de la zona de producción.

CUARTO.-La empresa MOWI cuenta actualmente con 70 trabajadores de plantilla que se ocupan en todas las áreas de su producción (producto percedero), acudiendo para atender las necesidades de creación de stock de producto final para concreto cliente a contrataciones mediante ETT.

El actor no estuvo destinado a tareas de creación de stock de producto de cliente DIA sino en el ciclo productivo ordinario de la codemandada.

QUINTO.-Durante infección COVID se implantaron en la codemandada MOWI "buenas prácticas" que se detallan en documento nº 5 de la codemandada, siendo chequeadas en cada turno por responsable de las conductas y prácticas implementadas; y entre ellas el control de llegada al centro con mascarilla, cambio de ropa y mascarilla en vestuario y salida del centro con mascarilla. Las normas fueron conocidas por el actor a quien se entregó copia.

La mascarilla resultó de obligado uso continuado durante toda la jornada laboral con independencia de zona de trabajo e incluidos pasillos. Los guantes son igualmente de uso obligado de forma continuada.

Se da por reproducido documento de vigilancia de implementación de medidas preventivas COVID, así como facturación relativa a prácticas de serologías y pruebas PCR a trabajadores (Riesgos y Trabajo, S.L. y por Randstad ETT, SA) y facturas relativas a compra de mascarillas (quirúrgicas, higiénicas y tres capas-goma azul, guantes de nitrilo) a las mercantiles Brammer, QuimiSaras SC y Reysan Atlantic, S.L.

SEXTO.-Se da por reproducido documento relativo a Evaluación de Riesgos de Puestos de Trabajo relativo a puesto de manipulador (limpieza y preparación del género en obrador y de su envasado) siendo uno de los EPis de protección las mascarillas igualmente los guantes (de distinto tipo) forman parte de los Epis.

SEPTIMO.-El demandante dedujo en 3/02/2020 papeleta de conciliación contra las empresas demandadas en solicitud de reconocimiento de fraude en contratación y cesión ilegal de mano de obra y en petición de la incorporación a la plantilla de la demandada MOWI Iberia SA como trabajador fijo.

El actor comunicó en 4/02/2020 a ambas empresas mediante carta remitida por burofax firmada por el demandante en su condición de afiliado al Sindicato CNT y al amparo art. 8.1 de la LOPJ, relativa a su intención de informar "al resto de sus compañeros que se puedan encontrar en la misma situación que la expuesta en papeleta de conciliación".

El acto se celebró sin avenencia en 11/02/2020 por lo que el demandante dedujo demanda que fue turnada ante el Juzgado de lo Social nº 5 dando lugar a procedimiento nº 147/2020 siendo señalado el acto de juicio para el día 17/03/2021 que fue objeto de suspensión. Se da por reproducida demanda turnada ante Social nº 5 y acta de suspensión de juicio.



OCTAVO.-En 23/03/2020 el actor trasladó a RRHH de Synergies (doc. nº 13) texto, previa contestación de MOWI sobre no ser de su competencia (doc. nº 12), relativo a comunicación remitida por el actor a la citada mercantil en 3/03/2020 sobre ajustes de jornada de trabajo, ajustes de salario a subida de SMI y cumplimiento del art. 20 del Convenio Colectivo sobre entrega de ropa de trabajo (doc. nº 11).

Se dan por reproducidos los referidos documentos.

NOVENO.-El actor dedujo denuncia contra las demandadas ante Inspección de Trabajo el día 31/03/2020 por episodios relativos a percances sufridos por compañeros suyos en los términos que constan en autos. La denuncia dio lugar a visita de Inspección en noviembre de 2020 que concluyó con extensión de acta de advertencia y requerimiento a MOWI IBERIA S.L. en los términos que se evidencian en doc.15.

DECIMO- La empresa usuaria emitió informe de no conformidad (acciones preventivas-correctivas) sobre el actor por hechos que constan en documento nº 2 de MOWI relativos a hechos descritos como los acontecidos del día 1 de abril encontrándose en zona de corte en maquina con la mascarilla sin colocar. Igualmente los del día 6/04/23020 sobre las 20:3h no llevaba guante de protección anticorte en la mano derecha tan solo en a izquierda; y hechos del día 3/abril a las 12:51 en descanso con un solo guante y con la mascarilla sin colocar correctamente. Hechos del 13 de abril cuando trasladando pescado desde las cámaras hacia salas de producción lo hacía sin colocarse la mascarilla a altura del labio inferior siendo requerido por Frida responsable de calidad que estaba en la zona para que se colocase la mascarilla correctamente de acuerdo con las normas de prevención anticovid. Y hechos descritos como de los acontecidos los días 6 y 7 y 13 de abril por trabajar sin protección auditiva. Se da por reproducida en su integridad la documental antes referida.

Otros informes de no conformidad en relación a actuaciones indebidas de trabajadores normas anticovid son las detalladas en doc. nº 3 respecto de uso de mascarilla en autobús ( Gustavo ), falta de distancia social ( Joaquina ), falta de uso de mascarilla en pasillo colectivo ( Ildefonso ) falta de solicitud de mascarilla de reposición ( Justa ), falta de uso de mascarilla en pasillo colectivo ( Ildefonso ), falta de distancia social en exterior de MOWI y otras actuaciones ( Joaquina ), falta de uso de la mascarilla en vestuario ( Maite ). Se da por reproducido documento nº 3 del ramo de MOWI.

DECIMOPRIMERO. -El demandante fue despedido por SYNERGIE mediante carta de 14/04/2020 y fecha de efectos de la misma señalándose en la misma que " La decisión que mediante esta carta se le comunica está basada en una serie de incumplimientos de carácter muy grave que, usted ha venido sosteniendo de manera deliberada, haciendo caso omiso a las múltiples advertencias previas que le han reiterado para que cese en su actitud dolosa"

Y ello con arreglo a los siguientes hechos:

Como sabe, el contrato de trabajo que esta mercantil suscribió con usted con fecha 3 de septiembre de 2019, estaba vinculado exclusivamente a la realización de tareas de manipulación y envasado de pescado en la empresa usuaria MOWI IBERIA, S.L. (en adelante, "MOWI"). Con carácter general, estas tareas deben llevarse a cabo manteniendo un escrupuloso respeto a las normas sobre seguridad, salud e higiene.

No obstante, ante la actual amenaza en la salud pública provocada por el COVID- 19, el cumplimiento de estas normas habituales, y cualquier norma extraordinaria que se formule en el centro de trabajo en el que usted presta servicios, cobran especial relevancia; por lo que su estricto cumplimiento es absolutamente necesario para evitar riesgos de contagio por COVID-19en el puesto de trabajo.

Ante estas circunstancias excepcionales, y siguiendo las recomendaciones gubernamentales, con fecha de 10 de marzo de 2020, MOWI llevó a cabo una evaluación interna de riesgos de la que resultó la adopción de nuevas medidas extraordinarias tendentes a proteger la salud de todos los trabajadores que prestan servicios en sus instalaciones; todas ellas vinculadas a proteger a los trabajadores de un potencial contagio derivado del COVID-19.

Estas normas internas no resultan en absoluto desproporcionadas; es más, 4 días más tarde se declaró el Estado de Alarma precisamente por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, y que aun está repercutiendo en la salud nacional.

En este contexto, la empresa usuaria comunicó estas medidas extraordinarias de salud e higiene a todos los trabajadores, incluyéndole a usted, y también llevó a cabo las preceptivas formaciones en esta materia.

Con fecha de 26 de marzo de 2020, MOWI facilitó a todos los trabajadores de la planta una copia de estas nuevas medidas extraordinarias, advirtiéndole del riesgo de contagio existente y por tanto que, el incumplimiento de estas normas destinadas a prevenir el contagio, sería considerado como una falta muy grave.



Cuando se le entregó una copia de las referidas normas, Usted firmó el acuse de recibo con esa misma fecha de 26 de marzo de 2020. Es decir, es plenamente consciente de la existencia de estas nuevas normas que se han implantado en el centro de trabajo donde presta servicios para preservar su salud y la de sus compañeros, durante la pandemia del COVID-19.

Cabe señalar que todas estas nuevas medidas fueron validadas previamente por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, quien dictaminó la necesidad de ponerlas en marcha para proteger la salud de la plantilla ante estas circunstancias extraordinarias. Y en esta misma línea, las medidas adoptadas, son validadas diariamente por los operarios y el personal responsable de la planta para detectar posibles defectos y/o incumplimientos; tales como los que usted se ha empeñado en manifestar deliberadamente a lo largo de los últimos días.

La monitorización de la buena marcha de estas medidas, sus defectos y/o incumplimientos por parte de los trabajadores se ha llevado a cabo de manera exhaustiva, levantándose, por parte de la empresa usuaria, actas diarias de las circunstancias acaecidas.

Pues bien, lamentamos comunicarle, que los incumplimientos que usted ha llevado a cabo y que han quedado registrados en las citadas actas, son prácticamente diarios.

Es decir, conoce las nuevas normas, también es consciente del peligro que supone para su salud y la de sus compañeros el incumplimiento de las mismas, y aun así usted ha decidido arbitrariamente y de manera reiterando llevarlas a cabo. Y ante estas circunstancias, se le ha amonestado verbalmente en varias ocasiones, y usted ha continuado manifestando una actitud contraria, subversiva y beligerante.

Así las cosas, a continuación, se describen sus comportamientos, dolosos, culpables y muy graves que atenta contra su salud y la de sus compañeros:

-El día 1 de abril de 2020, usted se encontraba recogiendo pedazos de salmón al corte en la máquina I-CUT 1y, en esa misma zona, se encontraban prestando servicios otros compañeros de manera simultánea. Pues bien, en ese mismo momento Usted llevaba la mascarilla de protección sin cubrirse la boca y la nariz, tal y como se ha exigido de manera obligatoria, a todo el personal de la planta para mitigar el riesgo de contagio por el COVID-19.

No obstante, y a pesar de su pleno conocimiento de estas normas, usted decidió a su arbitrio y conveniencia, incumplirlas de manera flagrante poniendo riesgo su propia salud y la de los compañeros que estaban trabajando justo en la misma máquina de corte de salmón.

Ante estas circunstancias, D<sup>a</sup> Modesta , asistente de I+D, le requirió con vehemencia para que se pusiese la mascarilla cubriéndose la nariz y la boca, advirtiéndole de los peligros en la salud que podrían generarse de no llevar a cabo esta instrucción empresarial.

El día 3 de abril de 2020 a las 12.51 horas, durante el periodo de revisión de cumplimiento de medidas preventivas frente al coronavirus, la empresa usuaria vuelve a detectar que usted incumple las nuevas medidas de salud. En concreto, en un descanso de la jornada, usted se dispone a salir de la empresa para tomar el café, y de nuevo vuelve a llevar la mascarilla sin colocar correctamente. Continúa su recorrido por el pasillo colectivo que le dirige hasta la salida sin la mascarilla puesta.

En ese mismo instante, D. Maximino le advierte que usted es conocedor de las normas, entre las que se incluyen el uso de la mascarilla en los espacios colectivos.

Cabe recordar que, dos días antes ya se le había advertido previamente de que el uso de la mascarilla debía realizarse tapándose la nariz y la boca; pero usted volvió a incumplir esta norma. Adicionalmente, se aprecia que lleva un único guante de protección. Se le requiere también para que se ponga guantes en ambas manos.

En fecha de 6 de abril de 2020 a las 14:26horas usted se encuentra trabajando en el porcionado de salmón sin el equipo de protección auditiva correspondiente y es advertido para que utilice los equipos de protección adecuados. Ese mismo día sobre a las 20.30h, usted se encontraba fileteando colas de salmón, tarea para la que es obligatorio el uso de guantes.

Pues bien, en el citado momento, los servicios de prevención de riesgos laborales apreciaron que usted llevaba un guante de protección, únicamente, en la mano izquierda, manipulando la mercancía y en la mano derecha no llevaba el preceptivo guante anticorte sino únicamente un guante de goma. D. Nemesio le requirió de inmediato para que cumpliera con las normas de prevención de riesgos laborales, advirtiéndole de que se procedería a su observación continuada, dado que usted no dejaba de manifestar incumplimientos graves y culpables de manera reiterada.



Con fecha 7 de abril a las 14:30 horas usted se encuentra trabajando en el porcionado de salmón, de nuevo, sin el equipo de protección auditiva correspondiente. Y de nuevo, se le vuelve a requerir para que haga acopio de los equipos de protección correspondientes.

Con fecha 13 de abril de 2020 a las 7.10 horas usted se encuentra trabajando, de nuevo en el porcionado de salmón sin el equipo de protección auditiva correspondiente. Esta es la tercera vez, en menos de cinco días, que se le advierte que no lleva este equipo auditivo correspondiente.

Sobre las 11.40 horas de ese mismo día, se le observa de nuevo sin la mascarilla puesta correctamente mientras se encuentra trasladando pescado desde la cámara de pescado hacia las salas de producción. En concreto, usted llevaba la mascarilla a la altura del labio inferior de modo que se observaba también su bigote. En ese preciso instante, D<sup>a</sup>. Frida, Responsable de Calidad, se encontraba en la zona y le advirtió que debía colocarse la mascarilla correctamente de acuerdo con las normas de prevención de coronavirus, de las que usted es plenamente conocedor, aunque sea por la cantidad de veces que se lo han ido advirtiendo en los días anteriores.

Pero, es más, pocos minutos más tarde sobre las 12.00 horas, usted se dirige a trabajar a la zona de porcionado de salmón y de nuevo se le observa que no lleva la mascarilla correctamente. En esta ocasión, es apercibido por D<sup>a</sup> Modesta, quien le advierte de nuevo de su incumplimiento reiterado y desafiante ante las normas proporcionadas por la empresa usuaria.

En suma, usted ha acumulado en menos de una semana más de 8 incumplimientos graves y culpables siendo consciente de que sus comportamientos son claras desobediencias reiteradas que la empresa iba a calificar, porque así lo advirtió de inicio, como incumplimientos muy graves. Su comportamiento es deliberado y doloso.

Le recordamos que de conformidad con el artículo 13 del Convenio colectivo de aplicación, usted está obligado a cumplir con las órdenes e instrucciones emanadas de la empresa usuaria, incluyendo aquellas relacionadas con la prevención de riesgos laborales. Por el contrario, ha manifestado una actitud desafiante y ha puesto en peligro la salud del resto de sus compañeros.

Esta desobediencia reiterada se manifiesta como una infracción muy grave a tenor de lo dispuesto en el artículo 52.13 del convenio colectivo de aplicación.

Pero además, su actitud de incumplimiento reiterado representa una negligencia inexcusable que, de una parte, implica el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales que puede desembocar en responsabilidades frente a esta mercantil y a la empresa usuaria y, de otra, está fomentando de manera deliberada y libertina un riesgo grave e inminente de contagio de COVID-19 entre sus compañeros, el resto de personal que trabaja en las instalaciones, así como de los consumidores finales del salmón manipulado por usted.

Estas circunstancias se califican como una infracción muy grave tipificada en el artículo 52.16 del convenio colectivo de aplicación. En virtud de lo anterior, la decisión que mediante esta carta se le comunica surte efectos inmediatos en el día de hoy, 14 de abril de 2020.

DECIMOSEGUNDO.- El actor fue advertido el día 1 de abril de 2020 por la responsable de I+D, D<sup>a</sup> Modesta cuando se encontraba recogiendo pedazos de salmón llevando la mascarilla de protección sin cubrirse la boca y la nariz. La citada Sra. Modesta le requirió para que se la colocara correctamente advirtiéndole de los riesgos que podrían generarse para la salud por razón de COVID.

El día 3 de abril la demandada usuaria volvió a advertir que el actor no lleva la mascarilla de forma correcta cuando se disponía a salir para tomar un café dirigiéndose por el pasillo colectivo. Por Maximino se le advirtió de que era conocedor de las normas y que se pusiera correctamente la mascarilla. El demandante llevaba un solo guante de protección siendo obligatorio el uso de los dos.

El día 13 de abril volvió a ser advertido llevando la mascarilla por debajo del labio inferior mientras se trasladaba pescado. Fue advertido por Frida responsable de calidad que le advirtió que debía colocársela correctamente.

DECIMOTERCERO.- La trabajadora Sra Virginia fue objeto de cese por fin contrato habiendo deducido demanda sobre su impugnación por despido y cesión ilegal contra las actuales codemandadas dando lugar a autos 249/2020 Juzgado Social nº 7.

En 24/02/2021 se logró acuerdo de conciliación en sede judicial en el que previo desistimiento de la demanda contra MOWI Iberia SL y SCANFISK SEAFOOD, SL., se reconoció la improcedencia del despido por SYNERFIE TT ETT en los términos que constan en autos.

DECIMOCUARTO.- Se ha intentado acto de conciliación en los términos que constan en autos."



**TERCERO** .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por las partes demandadas Synergie TT ETT y Mowi Iberia SL y por el Ministerio Fiscal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- El recurso de la parte demandante impugna la sentencia dictada, mediante la formulación de Motivos de revisión fáctica y de infracción jurídica sustantiva, para que se revoque la misma y se declare nulo o subsidiariamente improcedente el despido, existiendo además cesión ilegal de trabajadores.

**SEGUNDO** .- Por el cauce procesal previsto en el ap. b) del art. 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), pretende el recurso la revisión del Hecho Probado Décimo de la sentencia, con apoyo probatorio en la documental que señala.

Las adiciones pretendidas no son relevantes para la cuestión debatida. Consta en el Hecho Décimo que existieron también por parte de otros trabajadores de la empresa incumplimientos de las medidas de seguridad sanitarias, ordinarias o extraordinarias por la situación de epidemia, y no consta si han sido o no despedidos por la empresa, y aunque el informe de vida laboral de la empresa sea un indicio de que no lo han sido, carece todo ello de trascendencia respecto a la nulidad o la improcedencia del despido enjuiciado, porque no se alega en el recurso infracción alguna del derecho a la igualdad ante la ley, sino de la garantía de indemnidad y de la libertad sindical, y las circunstancias y cantidad o gravedad de los incumplimientos pueden diferenciar las situaciones de cada trabajador respecto a las medidas sancionadoras.

**TERCERO** .- Al amparo del art. 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), denuncia el recurso infracción de lo dispuesto en el art. 54 .1 y . 2 b) del Estatuto de los trabajadores, en relación con el art. 52, ps. 13 y 16 de las faltas muy graves, del VI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, así como de la jurisprudencia que cita sobre la doctrina gradualista en la valoración del despido.

**CUARTO** .- El Convenio invocado dispone: "Se considerarán faltas muy graves las siguientes: ...13. La desobediencia e indisciplina reiteradas o continuadas en el trabajo. ...16. La imprudencia o negligencia inexcusables en el desempeño del trabajo, el incumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales cuando sean causantes de accidente laboral, generen un riesgo grave e inminente o produzcan graves daños a la empresa, así como el incumplimiento de prohibiciones establecidas en la normativa vigente que puedan derivar en sanción o responsabilidades para la empresa".

En el FJ Quinto de la sentencia se declaran probados los incumplimientos de medidas sanitarias, sobre uso de mascarilla y de guantes (en actividad de manipulación de pescado), al menos en las tres ocasiones a que se refiere, argumentando seguidamente sobre la gravedad y reiteración de dichos incumplimientos, así como de la diferencia de los mismos, en cuanto a su reiteración, respecto a los incumplimientos en la misma materia acreditados respecto a otros trabajadores que realizan similar actividad de manipulado de alimentos frescos en la empresa.

Dada la situación de pandemia que justificó extremar las medidas de protección señaladas, no solo por prevenir riesgos habituales sino como medidas de salud pública relacionadas con la posibilidad de contagios COVID-19, la reiteración de la conducta del demandante es razonable que haya de considerarse infracción muy grave de las contempladas en los puntos expuestos del art. 52 del Convenio Colectivo indicado, como se ha resuelto en la sentencia recurrida.

**QUINTO** .- Por igual vía procesal se denuncia infracción de los arts. 24 .1 y 28 .1 de la Constitución; arts. 4 .2 c) y g), 43 .4, 55 .1, 55 .4 y . 5 del Estatuto de los Trabajadores; art. 16 .3 de la Ley 14/1994; y del art. 12 de la LO de Libertad Sindical: Todo ello en relación con la garantía de indemnidad y el derecho a la libertad sindical, con cita de la STS de 13-12-2016 (r. 2059/15).

**SEXTO** .- Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la indemnidad, declara la STS de 24-6-2020 (r. 3471/17):

"La garantía de indemnidad consiste en que "del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza", toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE) no se satisface sólo "mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad", como dijera tempranamente la STC 14/1993, de 18 de enero. Según se ha anticipado, la garantía de indemnidad incluye no sólo el estricto ejercicio de acciones judiciales, sino que asimismo se proyecta, y de forma necesaria, sobre los actos preparatorios o previos (conciliación, reclamación previa, etc.).



De otra forma -afirma la propia STC 14/1993, de 18 de enero-, "quien pretenda impedir o dificultar el ejercicio de la reclamación en vía judicial, tendrá el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo de su derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría con actuar..., en el momento previo al inicio de la vía judicial". La jurisprudencia ha extendido la protección de la garantía de indemnidad, por las mismas razones, a las reclamaciones administrativas y a las efectuadas en el interior de la empresa.

La posterior jurisprudencia constitucional ha precisado que "el art. 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva", de manera que, además de lesiones "intencionales" pueden darse lesiones "objetivas" contrarias a la garantía de indemnidad ( STC 6/2011, de 14 de febrero).

La jurisprudencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo es ya muy abundante y reiterada en materia de garantía de indemnidad. Basta con remitir a la sentencia de contraste ( STS 17 de junio de 2015, rcud 2217/2014) y a las sentencias por ella citadas y, con posterioridad, entre muchas, a las SSTs 27 de enero de 2016 (rcud 2787/2014), 18 de marzo de 2016 (rcud 1447/2014), 26 octubre 2016 (Pleno, rcud 2913/2014), 25 de enero de 2018 (rcud 3917/2015), 21 de febrero de 2018 (rcud 2609/2015) y 22 de enero de 2019 (rcud 3701/2016).

Dos extremos interesan recordar ahora de nuestra jurisprudencia. La primera, que será necesariamente la nulidad (y no la improcedencia) la calificación que corresponda a un despido que vulnere la garantía de indemnidad del trabajador (remitimos, por ejemplo, a la STS 18 de marzo de 2016, rcud 1447/2014). Y la segunda, que, para que opere el desplazamiento hacia el empresario de la carga de prueba, no basta simplemente con que el trabajador afirme la vulneración de la garantía de la indemnidad (o de cualquier otro derecho fundamental), sino que ha de acreditar un indicio o -sin que proceda realizar mayores precisiones- un principio de prueba que permita deducir que aquella vulneración se puede haber producido (se remite, entre algunas de las más recientes, a las SSTs 26 de abril de 2018, rcud 2340/2016, y 22 de enero de 2019, rcud 3701/2016).

3. La jurisprudencia constitucional y de esta Sala están recogidas en la actualidad en la legislación infra constitucional vigente, siquiera sea parcialmente.

Basta con mencionar, además del derecho de los trabajadores "al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo" ( art. 4.2 g) ET, indiscutiblemente derivado y conectado con el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE), que, si bien ceñido a "exigir el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación", el art. 17.1 ET establece expresamente que serán "nulas" las decisiones del empresario que supongan un trato "desfavorable" a los trabajadores como "reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial". Estas decisiones empresariales suponen la comisión de una infracción muy grave ( art. 8.12 LISOS).

Y, por lo que se refiere, a la prueba de indicios y a la distribución de la carga probatoria, los arts. 96.1 y 182.1 LRJS disponen que, ante la concurrencia de "indicios" de que se ha producido la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, "corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

**SÉPTIMO** .- Existentes reclamaciones previas, judiciales y administrativas, del demandante, afiliado a un Sindicato, frente a las empresas demandadas, en materia de contrato, de cesión ilegal de mano de obra, y de derechos sindicales (Hechos Probados Séptimo a Noveno de la recurrida), constituyen indicios de vulneración de la garantía de indemnidad que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, y por tanto implican que la empresa debe probar que la imposición de la sanción fue totalmente ajena a un posible móvil de represalia.

Prueba que en el caso ha realizado la empresa demostrando que existió un incumplimiento grave y reiterado por el trabajador de las normas sanitarias de prevención de riesgos y de salud pública, y por ello estuvo justificada la sanción impuesta de despido, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio Colectivo antes transcrito y en el art. 54 del ET.

Es cierto que se han acreditado incumplimientos similares de otros trabajadores de la empresa, que cuenta con 70 personas en tareas como las que realizaba el actor, pero el despido debe ser enjuiciado, teniendo en cuenta que es la sanción más grave que puede imponer la empresa, conforme a criterios de individualización, proporción y gradualidad, y la sentencia es suficientemente expresiva de que la conducta sancionada ha tenido especial gravedad y reiteración, frente a órdenes claras de la empresa en tiempos de epidemia que motivaban una especial diligencia en la atención y el cuidado de las medidas sanitarias, ordinarias y extraordinarias, a adoptar y respetar en tareas de manipulación de alimentos.



Sin que se haya demostrado que la empresa se haya excedido, respecto al actor, en la exigencia de las mismas en comparación con los demás trabajadores que desarrollaban la misma actividad.

Se desestima en consecuencia el Motivo.

**OCTAVO** .- Denuncia finalmente el recurso la infracción de lo dispuesto en los arts. 43 .4, 54 .1, 55 .1 y . 4, y 56 del ET; y del art. 16 .3 de la Ley 14/1994.

Dispone éste último: "La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley. Reglamentariamente se determinará la información que la empresa de trabajo temporal debe suministrar a la empresa usuaria".

La STS de 19-2-2009 que cita el recurrente se refiere a un caso de sucesivos encadenamientos de contratos temporales (entre 1999 y 2006) de puesta a disposición, para atender sin embargo necesidades permanentes de la empresa usuaria, lo cual no ocurre en el ahora enjuiciado, en el que únicamente existió un contrato temporal de puesta a disposición para una obra o servicio concreto aunque el trabajador prestó servicios en la actividad ordinaria de la empresa usuaria.

El supuesto contemplado en dicha sentencia es aplicación de lo establecido en el art. 6 .3 de la Ley 14/1994: "El contrato de puesta a disposición se formalizará por escrito en los términos que reglamentariamente se establezcan". Y se entendió que dicha sucesión tan prolongada en el tiempo era un exceso injustificado y fraudulento del uso de la contratación temporal entre empresa ETT y la usuaria.

El ahora enjuiciado es totalmente distinto al que condujo en aquella sentencia a apreciar cesión ilegal de trabajadores y a la aplicación de las consecuencias legales, unidas a la declaración de improcedencia del despido.

En este caso, la dedicación del trabajador por la empresa a tareas ordinarias y no las temporales indicadas en el contrato, puede llevar a dejar sin efecto la temporalidad pactada pero no a la responsabilidad de la ETT por cesión ilegal, ya que la contratación y puesta a disposición no ha infringido el citado art. 6 .3 de la Ley 14/1994, en cuanto a que el contrato debe respetar los "términos que reglamentariamente se establezcan", tal como dispone el citado precepto, que es la causa de que la STS de 2009 citada, apreciara y aplicara la cesión ilegal en dicho supuesto entendiendo que las circunstancias acreditadas entonces excedían de la remisión legal a una contratación temporal en los términos legales y reglamentarios.

**NOVENO** .- En el caso enjuiciado, el despido tiene causa legal justificada en los incumplimientos disciplinarios antes señalados, lo que lleva a confirmar la declaración de instancia de su procedencia, y ello conduce a la desestimación de la demanda, sin declaración de la responsabilidad que se pretende para la ETT contratante y la usuaria o cliente.

Inexistentes pues las infracciones legales denunciadas en el recurso, procede su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada.

En atención a lo expuesto, dictamos el siguiente

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación nº 467 de 2021, ya identificado antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida, por los fundamentos expuestos en la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad





de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Santander, debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

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

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ