

Juzgado de lo Social N.º 3 de Burgos, Sentencia 257/2019 de 5 Ago. 2019, Rec. 163/2019

Ponente: Gómez Giralda, Marta.

Nº de Sentencia: 257/2019

Nº de Recurso: 163/2019

Jurisdicción: SOCIAL

ECLI: *ES:JSO:2019:3173*

Procedente despido de delegado sindical por absentismo

DESPIDO POR ABSENTISMO. Procedente despido de un delegado sindical que estuvo en IT durante 9 días en dos meses consecutivos, y durante el año anterior, 24 días. Ello supera los umbrales previstos en el ET. Su ausencia fue por jornadas completas y no parciales. Si tuvo patologías que eran incompatibles con el manual de buenas prácticas de la empresa, debía haberlo comunicado al botiquín para que le encomendasen otras funciones, lo que no hizo. Es cierto que su actividad sindical era muy amplia, pero no es suficiente para entender vulnerada su libertad sindical. Han sido despedidos otros trabajadores por el mismo motivo. En el despido objetivo, no se precisa la comunicación a los representantes legales. Durante una baja, no pueden disfrutarse horas sindicales.

El Juzgado de lo Social núm. 3 de Burgos declara procedente el despido objetivo de un delegado sindical.

Texto

JDO. DE LO SOCIAL N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00257/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. REYES CATÓLICOS (EDIFICIO DE JUZGADOS), PLANTA 1-SALA 2

Tfno: 947284055

Fax: 947284056 947284145

Correo Electrónico:

Equipo/usuario: MIV

NIG: 09059 44 4 2019 0000494

Modelo: N02700

DOI DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000163 /2019

Procedimiento origen: /

Sobre: DESPIDO

DEMANDANTE/S D/ña: Carlos José , USO

ABOGADO/A: LUIS MANUEL ISASI CORRAL, LAURA INFANTE ARCE

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

DEMANDADO/S D/ña: FONDO DE GARANTIA SALARIAL FOGASA, CARNES SELECTAS 2000 SA

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, EDUARDO MOZAS GARCIA

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

En BURGOS, a cinco de agosto de dos mil diecinueve.

D^a MARTA GOMEZ GIRALDA Magistrado-Juez del JUZGADO DE LO SOCIAL N^o 3 de BURGOS y su Provincia, tras haber visto los presentes autos sobre DESPIDO, seguidos a instancia de DON Carlos José , que comparece asistido por el Letrado Don Luis Manuel Isasi Corral, como coadyuvante el Sindicato USO, que comparece asistido por el Letrado Sra. Laura Infante Arce, contra la empresa CARNES SELECTAS 2000 S.A., asistida por el Letrado Don Eduardo Mozas, con la asistencia del Ministerio Fiscal.

EN NOMBRE DEL REY

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA n^o 257/19

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- DON Carlos José presentó demanda de procedimiento de DESPIDO y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, contra la empresa CARNES SELECTAS 2000 S.A., interviniendo como coadyuvante el Sindicato USO, en la que exponía los hechos en que fundaba su pretensión, haciendo alegación de los fundamentos de derecho que entendía aplicables al caso y finalizando con la súplica de que se dicte sentencia accediendo a lo solicitado.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se ha celebrado el acto de juicio, con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por circunstancias personales y familiares y por coincidir con el periodo vacacional de esta Juzgadora.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El demandante, DON Carlos José , con DNI NUM000 , ha prestado servicios para la empresa CARNES SELECTAS 2000 S.L., también denominada CAMPOFRIO FRESCOS, propiedad 100% de CAMPOFRIO FOOD GROUP, con categoría profesional de Oficial de 2^a, con

una antigüedad de 2-6-2003, en virtud de un contrato de trabajo indefinido, percibiendo un salario diario de 67,63 euros.

SEGUNDO.- En fecha 25-1-2019, con efectos de ese mismo día, se notificó al trabajador carta de despido, cuyo contenido obrante en el acontecimiento 2 del expediente digital, se da por reproducido, en el que se le informaba que era objeto de un despido objetivo al amparo de lo previsto en el artículo 52.d) del ET " *Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses*".

TERCERO.- El trabajador ha estado en situación de incapacidad temporal en las siguientes fechas y con el siguiente diagnóstico: (documento 5 del acontecimiento 166 del expediente)

- El día 02/02/2018: 1 día laborable por incapacidad temporal derivada de contingencia común (epistaxis).
- El día 07/02/2018: 1 día laborable por incapacidad temporal derivada de contingencia común (gastroenteritis aguda).
- Del día 14/02/2018 al día 16/02/2018: 3 días laborables por incapacidad temporal derivada de contingencia común.
- Del día 01/03/2018 al día 02/03/2018: 2 días laborables por incapacidad temporal derivada de contingencia común (catarro)
- Del día 20/03/2018 al día 21/03/2018: 2 días laborables por incapacidad temporal derivada de contingencia común (gastroenteritis aguda).
- Del día 02/05/2018 al día 04/05/2018: 3 días laborables por incapacidad temporal derivada de contingencia común (gastroenteritis aguda).
- El día 17/05/2018: 1 día laborable por incapacidad temporal derivada de contingencia común (gastroenteritis aguda).
- El día 29/05/2018: 1 día laborable por incapacidad temporal derivada de contingencia común.
- Del día 03/09/2018 al día 04/09/2018: 2 días laborables por incapacidad temporal derivada de contingencia común (epistaxis).
- Del día 23/10/2018 al día 26/10/2018: 4 días laborables por incapacidad temporal derivada de contingencia común.
- Del día 11/12/2018 al día 14/12/2018: 4 días laborables por incapacidad temporal derivada de contingencia común.

En ninguna de estas bajas se ha librado por parte del botiquín de la empresa, ningún boletín de salida a favor del actor, al no haber informado el actor de su estado de salud. (documentos 45 y 46 del acontecimiento 167)

CUARTO.- La empresa tiene suscrito un Manual de Acogida, en el que figura como Buenas Prácticas de Manipulación Generales, que " *Todo manipulador de alimentos tiene obligación de comunicar de forma inmediata a su responsable directo/servicio médico, cualquier patología que sufra y que puede representar un riesgo de transmisión de agentes patógenos a los alimentos, quien a su vez lo comunicará a los Departamentos de Recursos Humanos/ calidad. Estos manipuladores de alimentos no deben trabajar en contacto directo con el producto y su responsable evaluará si es posible que realice algún otro tipo de trabajo no relacionado con el contacto directo con el producto*". (documento 7 del acontecimiento 166 del expediente)

QUINTO.- En fechas 5-6-2017 y 6-11-2018, el actor como miembro del Comité de Empresa perteneciente al sindicato USO, presentó denuncias ante la Inspección de Trabajo por la carga máxima permitida por jornada y operario, por niveles de temperatura excesivamente bajos que soportaban los trabajadores Y por una agresión sufrida por el trabajador solicitando que se pida a la empresa el seguimiento del caso (documentos 9 y 10 del acontecimiento 166 del expediente)

SEXTO.- Desde el año 2012, fecha en que fue nombrado delegado sindical hasta la actualidad, el trabajador ha presentado varias reclamaciones contra la empresa, tal y como constan en los documentos 12 a 26 del acontecimiento 166 del expediente.

SEPTIMO.- El trabajador interviene en las reclamaciones individuales y colectivas de otros compañeros con la empresa demandada (documento 29 del acontecimiento 166 del expediente)

OCTAVO.- El demandante acude habitualmente a los actos de conciliación y reclamaciones judiciales que se celebran entre la empresa y los trabajadores y ha intervenido activamente en las reclamaciones relativas a la doble escala salarial aplicada por la empresa vulnerando el principio de igualdad, en la aplicación de la sentencia número 313/15 de 10 de julio de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Burgos , en **procedimiento de Conflicto Colectivo número 552/2015, confirmada por la** sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 16 de octubre de 2015 **y por** Auto del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2016 , así como en la sentencia de 30 de junio de 2016 del Juzgado de lo Social número 3, dictada en Autos de Conflicto Colectivo 293/2016, confirmada por el TSJ en sentencia de uno de diciembre de 2016 y por auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 , **di bien estas demandas fueron instadas por el Delegado Sindical de USO Friday Okonedo.** (documento 43 y 44 del acontecimiento 167 del expediente)

NOVENO.- Los trabajadores que figuran en el documento 69 del acontecimiento 167 del expediente, han ostentado cargo de representantes legales de los trabajadores en el Comité de Empresa de CARNES SELECTAS 2000 y una vez finalizado su cargo, continúan prestando servicios en la empresa.

DECIMO.- La mercantil CAMPOFRIO FOOD GROUP S.A.U. ha mostrado gran preocupación por los altos índices de absentismo de la compañía en general, siendo el nivel de absentismo en el año 2017 de un 5,76%, en el primer semestre de 2018 de un 11,65%, en noviembre de 2018 de un 8,10%, (documentos 14 a 27 del acontecimiento 167), que se ha plasmado en numerosa reuniones entre la empresa y los representantes de los trabajadores,

por lo que en los últimos años, la empresa ha venido ejecutando un plan de lucha contra el absentismo, con la fijación entre otras medidas, de un plus de reducción de absentismo, en el Pacto de empresa correspondiente al ejercicio 2017 a 2020 para el centro de trabajo "Almacén Regulator de Burgos" de Campofrío Food Group, de 26 de diciembre de 2017, donde se fija un plus e individual de reducción de absentismo y se establece el nivel de absentismo como criterio para ascender. (documento 28 del acontecimiento 167 del expediente)

La empresa CARNES SELECTA 2000 se adherido a dicho pacto de empresa, mediante Acuerdo de Adhesión de 19 de enero de 2018 (documento 29 del acontecimiento 167 de expediente)

UNDE CIMO.- Al menos 10 trabajadores de la empresa CAMPOFRIO FOOD GROUP S.A. han sido despedidos por absentismo laboral y tres trabajadores de CARNES SELECTAS 2000 (documentos 30 a 41 y documento 56 del acontecimiento 167)

DECIMOSEGUNDO .- Desde el Departamento de Recursos Humanos se comprueba el nivel de absentismo de los trabajadores de la empresa a los efectos de proponer a la Dirección la extinción de su contrato de trabajo en el caso de superar los umbrales de absentismo legalmente establecidos. Los criterios seguidos para proponer la extinción son, controlar el porcentaje de absentismo, la indemnización que le correspondería al trabajador, así como su trayectoria en la empresa a nivel de absentismo.

DECIMOTERCERO.- Hay un trabajador de la empresa cuyos datos obran en el documento 62 del acontecimiento 167 del expediente, que superó en el 2017 el umbral de absentismo, si bien no fue objeto de despido por no constar en su histórico ninguna otra situación de IT; y el trabajador cuyos datos constan en el documento de 50 del acontecimiento 167 del expediente, superó el umbral en el mes de abril de 2019, habiendo siendo valorado recientemente la posible extinción de su contrato de trabajo.

DECIMOCUARTO.- Los días 1 y 2 de marzo de 2018, el trabajador había comunicado que iba a disfrutar de su crédito de horas sindicales, si bien no lo hizo por encontrarse en situación de IT, motivo por el que en la nómina del mes de marzo la empresa descontó el salario base dichos días, sin que el trabajador haya reclamado al respecto (documento 8 del acontecimiento 167).

DECIMOQUINTO.- Desde el año 2003 el actor ha estado de baja 1054 días de los cuales, en los últimos 3 años han sido 130 días por enfermedad común (27,63%) y 59 días por accidente de trabajo (19,01%).

DECIMOSEXTO.- En octubre y diciembre 2018 se hizo una propuesta de extinción del contrato de trabajo del actor por haber superado los umbrales de absentismo, pero no se llevó a cabo. (documentos 65 y 68 del acontecimiento 167).

DECIMOSEPTIMO.- El trabajador ha sido representante de los trabajadores por UGT desde el año 2004, dejando de serlo en 2008, siendo elegido nuevamente en 2012 por el Sindicato USO, y en la actualidad es representante legal de los trabajadores y miembro del Comité de Empresa. Es Secretario de Acción Sindical de la Zona Norte en el Sindicato USO y Secretario General de USO dentro del grupo Campofrío.

DECIMOCTAVO.- Con fecha 12-2-2019 se presentó papeleta de conciliación, habiéndose celebrado el preceptivo acto de conciliación el 31-1-2019, con resultado de " *Sin avenencia* ".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los documentos obrantes en los ramos de prueba de ambas partes y las testificales practicadas en el acto de la vista, constituyen los elementos de prueba que sustentan el anterior relato de hechos probados, a los efectos previstos en el [artículo 97.2 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) .

SEGUNDO.- Se ejercita por la parte actora acción de despido, interesando la nulidad del despido operado en fecha 25-1-2019 o subsidiariamente se declare su improcedencia, así como acción de tutela de derechos fundamentales, alegando vulneración del derecho a la libertad sindical al entender que el despido obedece a una represalia por la importante actividad sindical ejercida por el trabajador. Se alega también vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley, por considerar que esta medida no se ha adoptado con otros compañeros de la empresa que se encuentran en la misma situación. Denuncia además vulneración del derecho o garantía de indemnidad, manifestando que el despido es una represalia por las acciones judiciales contra la empresa entabladas por el actor.

Se impugna el despido, alegando que el cómputo de ausencias justificadas debe hacerse sobre jornadas completas y no sobre jornadas parciales. Así mismo alega que los días 1 y 2 de marzo tenía permiso por horas sindicales, por lo que no son computables a los efectos del despido; que los días 2-2-2018, 7-2-2018, 1-3-2018, 20-3-2018, 2-5-2018, 15-5-2018 y 3-9-2018 se encontraba de baja por patologías con agentes patógenos, por lo que, de acuerdo con el Manual de Buenas Prácticas de Manipulación instaurado por la empresa, no debía ir a trabajar por recomendación de la propia empresa. Niega la existencia de un protocolo de absentismo implantado por la empresa. Denuncia el incumplimiento del plazo de preaviso, así como el requisito de comunicarlo en tiempo y forma a la representación de los trabajadores, motivo por los que entiende que el despido debe declararse nulo o subsidiariamente improcedente. Interesa además el abono de una indemnización por daños y perjuicios morales por vulneración de derechos fundamentales por importe de 125.000 euros.

La empresa demandada se opone a las pretensiones de la demanda negando que el motivo del despido haya sido una represalia por la actividad sindical llevada a cabo por el trabajador y que no hay vulneración del derecho de igualdad puesto que no es el único trabajador despedido por este motivo en la empresa. Alega que todas las ausencias, las cuales no son discutidas, son de la totalidad de la jornada, que ninguna de ellas viene recomendada por la empresa, que estas exceden el umbral previsto en el Estatuto de los trabajadores en el artículo 52.d). Respecto a la coincidencia entre el período de IT de los días 1 y 2 de marzo con el crédito horario sindical, manifiesta que en proceso de IT no puede coincidir con el disfrute de un permiso retribuido, de manera que el trabajador no estaba disfrutando de esas horas los días indicados al encontrarse de baja. Niega que sea necesaria la comunicación a los representantes de los trabajadores al no tratarse de un despido disciplinario sino un despido objetivo. Se opone a la pretensión indemnizatoria de 125.000 euros, al entender que no hay vulneración del derecho fundamental alguno.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación de la pretensión de nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental, al entender que no existen indicios suficientes para entender que se ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales relacionados en la demanda.

TERCERO.- Se alega en primer lugar en la demanda, vulneración del derecho fundamental de Libertad Sindical, al entender que el trabajador es representante legal de los trabajadores y miembro del comité de empresa con una actividad sindical muy activa por parte del sindicato USO, siendo este el motivo de su despido, así como vulneración de la garantía de indemnidad.

Conforme a la STS de la Sala Cuarta de 18 de julio de 2014, Rco 11/2013 (LA LEY 111382/2014), de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, "forma también parte del contenido del derecho a la libertad sindical del [art. 28.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa, garantía de indemnidad que veda cualquier diferencia de trato por tales razones y que determina el menoscabo del derecho a la libertad sindical si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical (SSTC 17/1996 (LA LEY 2747/1996) ...; 87/1998 (LA LEY 5380/1998) ...; 191/1998 ...; 30/2000 ...; 173/2001 ...; 185/2003 ...; y 17/2005, SSTC 188/2004 de 2-noviembre (LA LEY 11441/2005) y 241/2005, de 10-octubre)".

Por otro lado, tratándose de tutelar derechos fundamentales, "el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el [art. 179.2 LPL \(LA LEY 1444/1995\)](#) ["una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas"] (STS 12 de abril de 2013, Rcu. 2327/2012 (LA LEY 45756/2013)).

Y para que opere el desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que "debe permitir deducir la posibilidad de que aquella [la vulneración constitucional] se haya producido", que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una " prueba verosímil" o "principio de prueba " revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (aparte de muchas otras anteriores, [SSTC 92/2008, de 21/Julio \(LA LEY 96146/2008\)](#), FJ 3 ; 125/2008, de 20/Octubre ; y 2/2009, de 12/Enero , FJ 3. Y SSTS 14/04/11 -rco 164/10 (LA LEY 72320/2011) ; [25/06/12 -rcud 2370/11 \(LA LEY 101921/2012\)](#) -; y 13/11/12 -rcud 3781/11 (LA LEY 185646/2012) -).

Como ponen de manifiesto las sentencias del Tribunal Constitucional nº 120/2006, de 24 de abril de 2006 (LA LEY 48903/2006) , y STC 64/2006 (LA LEY 21774/2006) , en supuestos en que la problemática constitucional se centra en valorar la carga probatoria que corresponde al trabajador demandante en el proceso:

"... tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Debe señalarse en relación con ello, con cita por ejemplo de la STC 30/2002, de 11 de febrero (LA LEY 3036/2002) , que en la aportación de una prueba verosímil o principio de prueba de la vulneración denunciada, resultará insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental, lo mismo que reflejar tal afirmación en unos hechos. Al contrario, en casos en los que la sospecha o apariencia de la violación del derecho fundamental se pretende hacer descansar en una inferencia derivada de la relación entre diversos hechos, será exigible una conexión lógica entre todos ellos que encuentre fundamento en algún nexo causal (o en otros términos, un relación directa entre las decisiones empresariales y el derecho fundamental...".

Considera el demandante que el hecho de ser representante sindical, con una importante actividad sindical en defensa de los trabajadores y en contra de los intereses de la empresa, ha sido el motivo de su despido. En los Hechos Probados Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo, se pone de relieve la actividad sindical que ha llevado a cabo el trabajador, que resulta de los documentos 9 a 29 aportados por el demandante, obrantes en el acontecimiento 166 del expediente. No obstante, considera esta Juzgadora que el hecho de estar afiliado a un sindicato con gran actividad sindical e incómodo para la empresa no es indicio suficiente de vulneración del derecho de libertad sindical del actor. Se trata de un dato insuficiente para generar una apariencia consistente de vulneración de un derecho fundamental, al ser muchos más los afiliados y no constar despidos o ceses numerosos de otros afiliados. En apoyo de esta cuestión, se ha aportado por la demandada como documento número 69 (acontecimiento 167 del expediente), un listado de los trabajadores de la empresa que continúan prestando servicios en la misma una vez han dejado de ostentar su cargo de representantes sindicales.

En definitiva, no es posible apreciar la efectiva aportación por la parte demandante de indicios que, de forma concreta y precisa, generen realmente una razonable apariencia, sospecha o presunción de la efectiva vulneración por la demandada del derecho de libertad sindical del actor, por constar varias sentencias judiciales formuladas por el aludido sindicato en contra de la empresa.

En cuanto a la cuestión suscitada consistente en discernir si el cese del actor vulneró o no el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad ([art. 24.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#)), tampoco puede ser calificado de indicio suficiente, el hecho de que el actor haya intervenido activamente en las reclamaciones relativas a la doble escala salarial aplicada por la empresa vulnerando el principio de igualdad, que dio lugar al procedimiento de Conflicto Colectivo número 552/2015 seguido ante el Juzgado de lo Social número uno de Burgos, o en los Autos de Conflicto Colectivo 293/2016 seguidos ante este Juzgado, sin que pueda obviarse que dichos procedimientos se han tramitado en el año 2015 y 2016, habiendo transcurrido cuatro años hasta la fecha en que el trabajador ha sido despedido, teniendo en cuenta además, que ni siquiera él fue el promotor de las demandas, sino que lo fue su compañero Bartolomé.

En definitiva, solo existe una mera sospecha sobre la motivación de la decisión extintiva de la empleadora, pero no un indicio razonable, suficiente para invertir la carga de la prueba, motivo por el que debe desestimarse esta pretensión de la demanda.

El hecho de que la falta de preaviso, al ser representante sindical vulnera el derecho de libertad sindical por no poder finalizar sus funciones representativas, no ha sido mencionado en la demanda por lo que ninguna manifestación cabe hacer al respecto, puesto que generaría indefensión para la demandada.

CUARTO.- Se alega también por el trabajador vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley indicando que es el único trabajador que ha sido despedido por la causa objetiva alegada por la empresa, existiendo otros trabajadores con bajas médicas más abultadas que él y que permanecen en la empresa.

El principio de igualdad ante la ley, en términos generales supone tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En un sentido técnico-jurídico lo que prohíbe en puridad es la existencia de tratamientos desiguales carentes de justificación o desproporcionados, es decir, busca evitar desigualdades irrazonables no justificadas objetivamente. Por lo que, al contrario, tratamientos diferenciados entre situaciones iguales que respondan, sin embargo, a una justificación objetiva y razonable y cuyas consecuencias sean proporcionadas, resultarán plenamente conformes con el [artículo 14 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#) .

El Tribunal Constitucional a la hora de examinar si se vulnera el principio de igualdad parte de un canon o control de mínimos. Para determinar que se ha vulnerado el principio de igualdad, se requiere: a) en primer lugar, que quien alega la vulneración aporte un término de comparación suficiente y adecuado: que demuestre que las situaciones a comparar son esencialmente iguales o similares, b) que no existe una justificación objetiva y razonada: finalidad legítima conforme con la Constitución y que es carga probatoria de quien promueve la diferencia, c) que la medida, aunque trate desigualmente supuestos iguales de modo justificado, al hacerlo, no sea desproporcionado en sus consecuencias.

En la demanda simplemente se alega sobre esta cuestión que el actor ha sido el único trabajador despedido por causa de absentismo en la empresa existiendo más trabajadores con niveles de absentismo similares o mayores y que no han sido despedidos, considerando que han utilizado la condición de representante legal de los trabajadores para llevar a cabo un despido aparentemente objetivo.

Pues bien, con la documental aportada a las actuaciones, la empresa demandada ha acreditado que está muy preocupada por el nivel de absentismo de sus trabajadores, que ha llegado a alcanzar un nivel de un 11,65% y esto se ha puesto de relieve en numerosas reuniones celebradas entre el comité de empresa y los representantes legales de los trabajadores, habiendo culminado con la elaboración de un Pacto de Empresa en el que se ha instaurado un plus de reducción de absentismo (documentos 14 a 29 del acontecimiento 167 del expediente), y se corroborado con las testificales practicadas en el acto de la vista concretamente con la de Don Juan , miembro del Departamento de Recursos Humanos o Don Laureano , Presidente del Comité de Empresa.

Asimismo, ha acreditado que el actor no es el único trabajador despedido por absentismo laboral, sino que al menos 10 trabajadores de la empresa han sido despedidos por esa misma causa, como se desprende con los documentos 30 a 41 y 56 del acontecimiento 167 del expediente), documentos ratificados por la testigo Doña Agustina , persona que confeccionó las cartas de despido.

No se aprecia ni un solo indicio de que la empresa haya vulnerado el derecho a la igualdad del trabajador ni de que haya tenido un trato discriminatorio para con éste. Al contrario, tal y como ha declarado la testigo Doña Agustina , el actor ya superó el umbral de absentismo legalmente permitido en el mes de octubre y en el mes de diciembre de 2018, pero no se procedió a la extinción de su contrato de trabajo hasta que ya por tercera vez, en el mes de marzo de 2019, volvió a superar dicho umbral.

Todo lo expuesto, conlleva a la desestimación de la acción de tutela de derechos fundamentales, y en consecuencia, la pretensión indemnizatoria de 125.000 euros reclamada en la demanda, pretensión esta última, que por otra parte, no se interesó en la papeleta de conciliación.

QUINTO.- Se interesa la declaración de nulidad del despido por no haber sido notificado a los representantes de los trabajadores, pretensión que debe ser desestimada porque nos encontramos ante un despido objetivo, al amparo de lo previsto en el artículo 52.d) del Estatuto de los trabajadores , cuyos requisitos formales se recogen en el artículo 53 y entre los cuales, no consta la obligatoriedad del empresario de ponerlo en conocimiento de los representantes de los trabajadores, al contrario de lo que ocurre para los supuestos de despido disciplinario, tal y como se desprende del artículo 55.1 del ET , que establece que *" Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.*

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato ", exigencia no recogida en el artículo 53.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el TS en sentencia de 19 de julio de 2017 , siguiendo la doctrina fijada en sentencia de 2 de julio de 2016 , entre otras, indicando que *"La copia a los representantes de los trabajadores, por expreso mandato legal, solo procede entregarla en los supuestos del artículo 52.c) ET ."*

Tampoco la concesión de un plazo de preaviso, tal y como viene retirando la jurisprudencia, es causa para la declaración de improcedencia del despido, sino que en ese caso, la empresa deberá abonar al trabajador los días correspondientes.

SEXTO.- Desestimada la pretensión de nulidad, debe analizarse la procedencia o no del despido operado por la empresa demandada.

El artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores regula como una de las causas de despido objetivo *" Las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas*

de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave".

Como ha venido reiterando el Tribunal Supremo, cuando el texto estatutario fija el despido objetivo "por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de su periodo de doce meses", establece dos periodos computables: "El primero, respecto a las ausencias laborales de las jornadas hábiles considerando los dos meses de los cuales debe haber un 20% de faltas de asistencia (plazo corto); y el otro, el de los doce meses, de los cuales debe haber un 5% de faltas de asistencia; (plazo largo)".

Pues bien, como asevera el TS, el primer plazo, el plazo corto de dos meses o cuatro según el caso, y el segundo plazo de doce meses, "han de coincidir en un único periodo de doce meses, aunque el criterio para su cómputo sea distinto respecto al primero en función de las bajas computables que hubieren tenido lugar".

En primer lugar, cabe indicar que no se cuestiona por el trabajador el cómputo de las ausencias que ha efectuado la empresa, basando su impugnación en el hecho de que las ausencias no lo han sido de la jornada completa, motivo por el que no se supera el umbral.

Sobre esta cuestión cabe señalar que con los fichajes aportados por la demandada en el documento 66 del acontecimiento 168 del expediente, se puede comprobar que *todos los días que constan en el Hecho probado Tercero de esta resolución, el trabajador se encontraba en situación de IT y no acudió en ningún momento a su puesto de trabajo, por lo que no se puede hablar de ausencias parciales, sino que la ausencia fue de la jornada completa.*

Se alega por el trabajador además que el motivo de las bajas fue por patologías con agentes patógenos, de manera que de acuerdo con el Manual de Buenas Prácticas Generales, al padecer una patología que pueda representar un riesgo de transmisión de agentes patógenos a alimentos, no debía trabajar en contacto directo con el producto.

Pues bien, lo que dice el Manual de Buenas Prácticas Generales, es que en caso de que un manipulador de alimentos sufra alguna patología que pueda suponer un riesgo de transmisión de agentes patógenos a alimentos, tiene obligación de comunicar de forma inmediata a su responsable directo/servicio médico" para que éste a su vez lo comunique a los Departamentos

de Recursos Humanos/calidad y su responsable evaluará si es posible que realice algún otro tipo de trabajo no relacionado con el contacto directo con el producto.

Pero en el caso de autos, lo que ha quedado acreditado a través de la testifical practicada en el acto de la vista, es que el trabajador en ningún momento, ninguno de los días en que se encontraba en situación de IT computados por la empresa, se puso en contacto con el botiquín para que se pudiera evaluar si podía ocupar temporalmente otro puesto de trabajo que no estuviera en contacto con alimentos, tal y como ha declarado Doña Aurelia , enfermera del botiquín y se desprende del documento 46 obrante en el acontecimiento 167 del expediente. En consecuencia, si el propio trabajador, que es quien viene obligado a ello, no lo comunicó a la empresa, difícilmente ésta podría reubicarle en otro puesto de trabajo. Por tanto, no se puede achacar al Manual de Buenas Prácticas Generales, las ausencias del trabajador en los supuestos de incapacidad temporal examinados, las cuales, todas ellas de jornada completa, deberán ser computadas a los efectos de la extinción del contrato de trabajo que nos ocupa.

Se cuestiona en segundo lugar por el trabajador que la empresa haya computado como de ausencia por IT, los días 1 y 2 de marzo de 2018, al entender que, a pesar de no acudir a su puesto de trabajo por una baja médica, dichos días eran coincidentes con un permiso por horas sindicales, por lo que la ausencia del trabajador estaba justificada por dicho motivo.

Al respecto cabe señalar, como ha venido retirando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que lo mismo que los restantes permisos retribuidos, el ejercicio del crédito horario requiere preaviso y justificación, al amparo de lo previsto en el artículo 37.3 ET , determinados por la necesidad de organizar el proceso productivo y de prevenir el uso abusivo del crédito. Pero estas indicaciones previas, tanto de la naturaleza jurídica del permiso retribuido como de la doble exigencia para su ejercicio (preaviso y justificación), sirven para resaltar que *la regulación legal del crédito horario está indefectiblemente ligado a la actividad laboral, pues en elementales términos lógicos, el permiso crédito horario no es concebible sino como una exención al cumplimiento de una obligación previa, esto es la actividad laboral.*

En este sentido, la STS [1 de febrero 2017 \(rec. 119/2016 \(LA LEY 5521/2017\) \)](#) reiterando la doctrina sentada en la sentencia del TS de 23 de marzo de 2015 , declara que " *el crédito horario es un permiso retribuido que, por su propia naturaleza, requiere que sea disfrutado durante el trabajo -salvo supuestos excepcionales en que deba utilizarse en todo o en parte fuera de la jornada de trabajo (en empresas con régimen de trabajo a turnos) o en situaciones de baja de representante por IT, que se lo cederá a otro o lo disfrutará en otro momento-*. "

Pues bien, en el caso de autos, no se ha cuestionado que el trabajador había solicitado disfrutar los días 1 y 2 de marzo de su crédito sindical, si bien con posterioridad, envió parte de IT a la empresa que duró esos dos días, motivo por el que ésta entendió, como no puede ser de otra manera, de acuerdo con la jurisprudencia del TS mencionada, que el trabajador no iba a disfrutar en ese momento de su crédito sindical al encontrarse en situación de IT, pudiendo hacerlo con posterioridad, o cederlo a alguno de sus compañeros. De lo contrario, éste podría haber denunciado vulneración de su libertad sindical.

Prueba de ello es que en la nómina del mes de marzo de 2018, la empresa descontó la cantidad correspondiente del salario que debería haber percibido el trabajador por dichos

días, al encontrarse en situación de IT. Si hubiera entendido que estaba disfrutando de su crédito sindical, no le habría hecho dicha reducción, frente a la cual en ningún momento el trabajador mostró su oposición, aquietándose con la decisión de la empresa, toda vez que efectivamente, dichos días no había disfrutado de su crédito sindical por encontrarse en situación de incapacidad temporal. Por otra parte, ninguna prueba se ha practicado por el trabajador para acreditar que efectivamente dichos días hubiera realizado alguna actividad sindical, para lo cual había solicitado previamente dicho crédito.

Por lo expuesto, los días 1 y 2 de marzo, deben computarse como días en que el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal a los efectos del cómputo de las ausencias justificadas que han dado lugar al despido objetivo que nos ocupa.

En la demanda no se cuestiona el cómputo de ningún otro día, por lo que el resto de las manifestaciones vertidas en el acto de la vista por la parte actora, no se pueden tener en consideración, ya que supondría una variación sustancial de la demanda con la consiguiente indefensión que le causaría a la empresa demandada.

Hecha s estas manifestaciones, si examinamos las fechas en que el trabajador ha estado en situación de IT, se puede comprobar que *desde el 2-2-2018 hasta el 1-4-2018, ha faltado 9 días completos de los 39 días laborables, lo que supone un 23,07%, superando, por tanto, el umbral del 20% previsto legalmente.*

Por su parte, en el periodo comprendido entre el 26-1-2018 y el 25-1-2019, de 246 días laborables, el trabajador no ha acudido a su puesto de trabajo durante 24 días completos por encontrarse en situación de IT, lo que supone un 9,75%, habiendo superado el umbral del 5% previsto legalmente.

En consecuencia, a la vista de todo lo expuesto, habiendo acreditado la demandada los hechos que constan en la carta de despido, procede desestimar la presente demanda al entender que el despido es procedente.

SEPTIMO.- Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación en virtud de lo establecido en el [artículo 191 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#) .

Visto s los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

DESESTIMO LA DEMANDA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES y la demanda de DESPIDO presentada por DON Carlos José , frente a la empresa CARNES SELECTAS 2000 S.A., DECLARO PROCEDENTE el despido operado por la empresa con fecha de efectos 25-1-2019 y ABSUELVO a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que en aplicación del mandato contenido en el [artículo 53.2 de la LJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), en el primer escrito o comparecencia ante el órgano judicial, las partes o interesados, y en su caso los profesionales designados, señalarán un domicilio y datos completos para la práctica de actos de comunicación. El domicilio y los datos de localización facilitados con tal fin, surtirán plenos efectos y las notificaciones en ellos

intentadas sin efecto serán válidas hasta tanto no sean facilitados otros datos alternativos, siendo carga procesal de las partes y de sus representantes mantenerlos actualizados. Asimismo deberán comunicar los cambios relativos a su número de teléfono, fax, dirección electrónica o similares, siempre que estos últimos estén siendo utilizados como instrumentos de comunicación con el Tribunal.

Advierto a las partes que:

- Contra esta sentencia pueden anunciar Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de CASTILLA-LEON y por conducto de este JDO. DE LO SOCIAL N. 3 en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia.

- En ese momento deberán designar Letrado o Graduado Social colegiado que se encargará de su defensa en la tramitación del recurso que anuncia.

- 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 o no estuviese en alguna de las causas legales de exención, deberá, al momento de anunciar el recurso y en el plazo de cinco días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de anunciar el Recurso de Suplicación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 300 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en la Entidad Bancaria SANTANDER, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, agencia sita en Burgos, C/ Madrid incluyendo en el concepto los dígitos 1717.0000.65.0163.19.

-Igualmente, y en cumplimiento de la ley 10/2012 de 20 de noviembre (LA LEY 19404/2012), por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses se deberá acompañar, en el momento de interposición del recurso de suplicación, el justificante de pago de la tasa, con arreglo al modelo oficial debidamente validado.

-En caso de no acompañar dicho justificante, se requerirá a la parte recurrente para que lo aporte, no dando curso al escrito hasta tal omisión fuese subsanada.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.