

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, EN NOMBRE DEL REY ha dictado la siguiente sentencia número 7262/2008, en el recurso de suplicación interpuesto por Nissan Motor Ibérica, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 6 Barcelona de fecha 30 de Noviembre de 2007 dictada en el procedimiento Demandas nº 587/2007 y siendo recurrida Yolanda. y - F.G.S.–Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo.. Sr. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de Agosto de 2007 tuvo entrada en el Juzgado Decano de lo Social demanda sobre Despido disciplinario, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 30 de Noviembre de 2007 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo la demanda presentada por D^a. Yolanda., frente a la empresa NISSAN MOTOR IBÉRICA, S.A., y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y declaro nulo el despido realizado por la empresa demandada en fecha 27-07-07 y condeno a la misma a la readmisión de la demandante en las mismas condiciones que regían antes del despido y al abono de los salarios dejados de percibir hasta que la readmisión tenga lugar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La parte actora D^a. Yolanda., mayor de edad, con DNI nº....., ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada con

antigüedad desde el 21-06-04, categoría profesional del Operaria y salario de 78,33 euros diarios brutos, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- La empresa remitió a la actora carta de fecha 27-07-07 del siguiente tenor literal: "Mediante la presente ponemos en su conocimiento que la Dirección de esta Entidad ha tenido constancia de sucesos que son constitutivos de irregularidades que se concretan en los hechos que a continuación se relacionan.

En este sentido, la Compañía ha podido constatar que hallándose en situación de Baja por Enfermedad desde el 17 de mayo de 2007, ha realizado vida totalmente normal, lo cual no corresponde con su supuesto estado de enfermedad.

A mayor abundamiento, el comportamiento desarrollado por Vd. reviste de una gravedad mayor por cuanto la Empresa complementa, de conformidad con lo establecido en el anexo 9 de nuestro Convenio Colectivo, el salario percibido por sus trabajadores en situación de incapacidad temporal hasta alcanzar el 100% del salario devengado como si los mismos se encontraran en situación de alta y prestando servicios.

Este comportamiento supone la trasgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza, así como de las expectativas que la Empresa ha depositado en Vd.

En definitiva, esta conducta supone falta laboral muy grave al amparo de lo dispuesto en el artículo 95 apartado 3º de la Ordenanza de Trabajo para la Industria Siderometalúrgica que tipifican: "El fraude, deslealtad y abuso de confianza...", a los cuales remite nuestro Convenio colectivo, en relación con el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores.

Por ello, le comunicamos su DESPIDO DISCIPLINARIO con efectos del día de hoy."

TERCERO.- La actora presentó denuncia por malos tratos de su pareja en fecha 13-07-03, se separó durante dos años y medio y reanudó la convivencia tras este período. En fecha 05-02-06 la actora presentó nueva denuncia por malos tratos de su pareja y, en fecha 08-02-06 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n° 1 de Barcelona dictó auto de medidas cautelares en cuya parte dispositiva impone a la pareja de la actora la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de ella.

CUARTO.- La empresa cambió a la actora de turno, pasando ésta a realizar el de jornada completa diurno y liberándola del horario nocturno, como consecuencia de la situación de violencia doméstica que sufría, asimismo le concedió permiso para acudir al Juzgado y obtener la resolución de medidas cautelares y, en una ocasión, desde la empresa se llamó al Cuerpo de Mossos de Escuadra para que le dieran protección al final de la jornada laboral porque la demandante había recibido una llamada de su pareja.

QUINTO.- La actora ha estado en situación de incapacidad temporal desde el 18-05-07 hasta el 05-11-07 por la patología de trastorno por ansiedad generalizado secundario a violencia de género.

SEXTO.-La actora no ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

SÉPTIMO.- Presentada papeleta de conciliación ante la SC en fecha 03-08-07, se celebró acto conciliatorio el día 20-09-07, finalizando sin efecto por incomparecencia de la empresa demandada."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la empresa el desfavorable pronunciamiento judicial que, estimatorio de la pretensión deducida en su contra, declaró la nulidad del despido por ella acordado con efectos del 27 de julio de 2007; dirigiendo su primer motivo de revisión fáctica a la modificación del cuarto hecho probado a los limitados efectos de precisar como el "cambio" de turno a que el mismo se refiere se produjo "en el año 2006". Pretensión revisoria que, sin perjuicio de la habilidad de la prueba propuesta al efecto (consistente en el escrito de demanda y en el "auto de medidas cautelares" dictado por el Juzgado de violencia Doméstica en las diligencias previas 173/2006 el 8 de febrero de 2006 por el que se prohíbe al cónyuge de la trabajadora "aproximarse a menos de 500 metros" de su domicilio), debe prosperar ante la expresa conformidad manifestada por la impugnante con su pacífico contenido; como así lo pone de relieve la parte al significar -anticipando los términos que definen el núcleo de la litis- que si "desde que la empresa (le) concedió en el año 2006" el cambio de turno y "hasta que fue despedida en julio de 2007" ha venido ejercitando el derecho a la reordenación de su jornada de trabajo "por causa de la situación de violencia de género, (...) su supuesto encaja perfectamente en la previsión efectuada por el artículo 55.5b" del Estatuto.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica contra la Violencia Doméstica 1/2004, de 28 de diciembre (BOE de 29.12.2004) constituye un sistema integral de tutela, asistencia socio-sanitaria y económica, que dota a las mujeres víctimas de la violencia de género de un estatus jurídico que, integrado por una pluralidad de derechos, les garantiza una protección acorde a su singular situación, entre otros, en el ámbito laboral para así conciliar "los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género" (art. 2d).

En armonía con este principio informador, su artículo 21 (bajo el epígrafe "Derechos laborales y de Seguridad Social") viene a disponer como "La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación

de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo"; norma sustantiva laboral que la D^a. Séptima de la LPIVG modifica al reconocer a las trabajadoras víctimas de la violencia de género una serie de derechos en materias tales como la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo (art. 37), el cambio de centro o movilidad geográfica, la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo (art. 45.1.n y 48.6), la extinción del contrato de trabajo (art. 49.1) o el despido disciplinario (art. 55.5b).

Tras señalar aquel primer precepto que "La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa" (derechos cuya concreción, y en defecto de lo que se establezca en los convenios colectivos o acuerdos individuales, "corresponderá a la trabajadora..."), considera el último de los citados la nulidad del despido "que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador" como -y entre otros supuestos- (...) "el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley".

En tales supuestos sólo podrá declararse la procedencia del despido si el empresario demuestra que la entidad disciplinaria de la infracción que imputa a la trabajadora pone de manifiesto su absoluta desvinculación con el ejercicio de aquellos derechos; debiendo, en caso contrario, calificarse de nula la decisión así adoptada (párrafo segundo del art. 55.5.c del Estatuto).

Se ampara, así, a la trabajadora frente a despidos disciplinarios carentes de causa cuando el mismo se produce respecto de quienes, desde su condición de víctimas de la violencia de género, han ejercitado (entre otros) los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, lo que supone una tutela adicional en su favor durante los períodos de ejercicio de los derechos mencionados que se proyecta al ámbito de la carga probatoria ante la presunción de nulidad derivada del hecho de haberse producido la extinción durante el período protegido.

Nos encontramos, por tanto, ante un despido nulo cualificado en razón a las circunstancias que concurren en quien, por causa de su objetivada condición de "víctima de la violencia de género", ejercita los derechos que la Ley le atribuye. Al primero de dichos requisitos se refiere el artículo 23 de la Ley cuando (y bajo el epígrafe "Acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras") viene a disponer que "Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección".

Así, y con carácter general, la acreditación de la condición de víctima de violencia de género se objetiva a través de la orden de protección (regulada en la Ley 27/2003, de 31 de julio por el que se da redacción al artículo 544 ter de la LECr y en el RD 355/2004, de 5 de marzo y que se ha visto modificado por el RD 315/2005, de 9 de mayo).

TERCERO.- En el supuesto litigioso consta probado que el 8 de febrero de 2006 "el Juzgado de Violencia Doméstica sobre la Mujer nº 1 de Barcelona dictó auto de medidas cautelares en cuya parte dispositiva impone a la pareja de la actora la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de ella" (hp 3) y

que, en temporal coincidencia con esta orden de protección -en el año 2006-, "la empresa cambió a la actora de turno, pasando a realizar el de jornada completa diurno y liberándola del horario nocturno, como consecuencia de la situación de violencia doméstica que sufría..." (hp 4); concurriendo, así, los presupuestos normativos de los que se deriva su cualificada situación frente a la posterior decisión disciplinaria y cuya vigencia se mantenía al tiempo de su despido de 27 de julio de 2007.

Pues bien, invocándose como "causa" del mismo el haberse constatado "que hallándose de baja por enfermedad desde el 17 de mayo de 2007 ha realizado una vida totalmente normal, lo cual no corresponde con su supuesto estado de enfermedad..." (Hp 2.2) la conclusión que se deriva de tal imprecisa imputación no puede ser otra que la judicialmente considerada al no haberse destruido de contrario la presunción en favor de la nulidad de un despido producido en el contexto de aquella protegida situación.

Cierto es que, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, "constituye justa causa de despido el caso del trabajador que, estando en situación de incapacidad temporal, presta servicios con independencia de que los mismos se efectúen por cuenta propia o ajena, sean o no retribuidos, o de corta o larga duración, ya que en estos supuestos el trabajador está dificultando su curación, está percibiendo un subsidio de incapacidad temporal al que seguramente no tenía derecho por estar ya curado o por no haber padecido realmente la enfermedad que lo sustentaba, causando perjuicio también a la empresa que ha de continuar abonando las cotizaciones..." (Sentencia de la Sala de 26 de enero de 2006). Pero, en el supuesto ahora analizado, lejos de alegarse una inexistente prestación en favor de terceros, la carta de despido se limita a imputar a la trabajadora el haber "realizado vida totalmente normal".

Careciendo dicha imputación de la entidad disciplinaria que el empleador pretende atribuir a la actividad cotidiana de quien se encuentra de baja "por la patología de trastorno por ansiedad generalizado secundario a violencia de

género", lo que, realmente, subyace es su sanción por haberse ausentado del trabajo por una causa que, además de encontrar su objetiva cobertura en una incombustible situación de IT (hp 5), aparece singularmente protegida por el artículo 21.4 de la LPIVG cuando dispone que "las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se consideran justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda...".

CUARTO.- En razón a lo expuesto y argumentado procede desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la sociedad demandada a la que y de forma expresa, se condena en costas cuyo importe incluirá los honorarios del letrado de la impugnante en cuantía de 300 euros (art. 233 LPL); decretándose la pérdida de la consignación y depósito por ella constituido (art. 202 LPL).

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa NISSAN MOTOR IBÉRICA SA contra la sentencia de 30 de noviembre de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social 6 de Barcelona en los autos 587/2007 seguidos a instancia de D^a. Yolanda. con citación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; debemos confirmar y, en su integridad, confirmamos la citada resolución.

Se decreta la pérdida de la consignación y el depósito constituido, imponiéndose a la recurrente las costas causadas en los términos ya reseñados. Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.