

Núm. de Protocol: 2000110/2017

Núm. Rotlle: TSJA-0000073/2018

SENTÈNCIA 4-2019

PARTS :

Apel·lant: GOVERN D'ANDORRA

Representant: Sra. IOM

Advocada: Sra. LQV

Apel·lat: G. SLU

Representant: Sra. PMM

Advocada: Sra. ELH

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL

President: Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

Magistrats: Sr. Bernard PLAGNET

Sra. Elsa PUIG MUÑOZ

Andorra la Vella, a vint-i-ú de febrer de dos mil dinou.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número **2000110/2017**.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent la magistrada Sra. **Elsa PUIG MUÑOZ**, la qual expressa el parer del Tribunal.

ANTECEDENTS DE FET

1.- La societat G. SLU va interposar demanda jurisdiccional contra la resolució de GOVERN de data 20 de setembre de 2017.

2.- En la sentència 42/2018, del 25 de maig, el Tribunal de Batlles ha estimat la demanda promoguda per l'agent.

3.- En el seu escrit d'apel·lació de data 18 de juliol de 2017, el GOVERN estima en substància que:

-no hi ha dubte que l'empresa ha aplicat un tracte discriminatori a un treballador –el Sr. I.–, que fou objecte de diferents expedients disciplinaris pels mateixos fets que altres treballadors també havien realitzat, sense que en aquests casos l'empresa apliqués cap sanció;

-l'empresa no ha demostrat que el Sr. I. hagués comés de forma reiterada els fets pels quals se l'ha sancionat (no dur el casc mentre estava treballant, entre d'altres incompliments de les seves obligacions), reiteració que –al·lega l'agent– no es va donar en el cas dels altres treballadors, per la qual cosa sí hi ha hagut un tracte discriminatori;

-la Sentència 82/2017, del Tribunal Superior de Justícia, de data 30 de maig, obliga a concloure que tota diferenciació no justificada és discriminatòria;

-es donen els dos elements per entendre que s'ha tractat al Sr. I. de forma discriminatòria, és a dir, que aquesta discriminació es produeixi en matèria de retribucions, formació, promoció i altres condicions de treball, i que sigui per qualsevol condició personal o social;

-el tracte discriminatori envers el Sr. I. té el seu origen en que aquest va testificar en contra dels interessos de l'empresa en un procediment laboral iniciat per un altre treballador;

-les difícils relacions entre l'empresa i el Sr. I. van comportar que aquest interposés una demanda laboral, i que finalment ambdues parts arribessin a un acord pel qual l'empresa va abonar al treballador la quantitat de 40.303,74 euros en concepte d'indemnització;

-el principi d'igualtat es reconeix a l'article 6.1 de la Constitució del Principat d'Andorra i a l'article 14 del Conveni Europeu de Drets Humans;

El Govern ha confirmat els seus arguments en el seu escrit de conclusions de data 4 d'octubre de 2018.

4.- En la seva contesta de data 11 de setembre de 2018, la societat G. SLU estima en substància:

- les sancions imposades al treballador van ser motivades pels incompliments d'aquest de les ordres donades per l'empleador per l'execució del treball;

- el GOVERN no ha provat que es sancionés al Sr. I. com a represàlia per haver declarat en un procediment laboral iniciat per un altre treballador;

- el pacte al qual van arribar la societat i el treballador no demostra que prèviament s'hagués produït cap tipus de discriminació;

- l'article 159.3 del Codi de relacions laborals estableix unes matèries concretes en les que no pot haver discriminació, sense que es pugui ampliar el llistat;

- no s'ha produït cap discriminació ja que només el Sr. I. va incomplir les ordres de la societat empleadora;

- no s'ha provat l'existència de cap discriminació.

La societat G. SLU ha confirmat els seus arguments en el seu escrit de conclusions de data 2 d'octubre de 2018.

5.- Trameses les actuacions a aquesta Sala, s'ha designat la magistrada ponent i han quedat vistes les actuacions per a deliberar i decidir.

FONAMENTS DE DRET

Primer.- Competència

El Tribunal Superior, Sala Administrativa, és competent per conèixer del recurs, en aplicació de l'article 39.3 de la Llei qualificada de la Justícia.

Segon.- Prèviament, s'ha de presentar un breu resum dels fets a l'origen del litigi:

El Sr. I. treballava a la societat G. SLU des del mes de maig de 2002.

L'empresa va enviar al Sr. I. diverses cartes, concretament en dates 12 i 19 de gener i 19 de febrer de 2015, i 4 i 5 de febrer i 28 de novembre del 2016 (incorporades als autes en els folis 176 i següents), en les quals es posaven de manifest determinats incompliments de les instruccions del director de l'empresa. Com a conseqüència d'això, a l'actor se li van imposar diverses sancions de suspensió de feina i sou.

El treballador no va recórrer les sancions imposades.

Tanmateix, el dia 1 de desembre de 2016 el Sr. I. va comparèixer davant la Inspecció de Treball per tal de denunciar un tracte discriminatori per part de l'empresa, aixecant-se les Actes J/071/16 i J/072/16 (folis 130 i següents) el les que es recullen les manifestacions del Sr. I. i s'incorpora la documentació que hi va aportar.

Incoat el corresponent expedient (SIT-J36/17), es van aixecar noves Actes per la Inspecció, i es va emetre proposta de resolució (folis 296 i següents), dictant-se finalment pel Ministre d'Afers Socials, Justícia i Interior la Resolució de 16 de juny del 2017, per la qual es va imposar a G. SLU una sanció de 6.001 euros, com a responsable de la infracció tipificada a l'article 159 apartat 3 del Codi de Relacions Laborals.

El recurs de reposició presentat per la societat va ser desestimat pel GOVERN.

Tercer.- Per resoldre el litigi s'ha de tenir en compte que l'article 103 apartat 11 del Codi de Relacions Laborals estableix que són faltes greus dels treballadors no observar les obligacions derivades de les normes de seguretat i salut en el treball o altres mesures administratives que siguin aplicables a la feina que es realitza i, en particular, en totes aquelles sobre protecció i prevenció de riscos laborals.

En el procediment sancionador seguit per la Inspecció de Treball no s'analitza si el Sr. I. va incomplir les normes de seguretat – bàsicament no utilitzar el casc–, i si, en conseqüència, les sancions imposades per la empresa són ajustades a dret, sinó si el treballador ha rebut o no un tracte diferencial en relació amb altres treballadors que es trobaven en similars circumstàncies i, en darrer terme, si aquest tracte diferenciat quedava justificat per raons objectives.

De fet, l'article 20 de la Llei de Creació del Servei d'Inspecció de Treball preveu que en qualsevol cas, les sancions administratives que es poden derivar de l'esmentada Llei són independents de les accions que puguin exercitar les parts intervinents en els contractes en reclamació dels drets que els corresponguin. Per això, el fet que el treballador no recorri les sancions imposades no obsta per tal que la Inspecció pugui analitzar si l'empresa ha dispensat a aquest un tracte discriminatori en relació amb altres treballadors en igual situació.

Com es de veure en la Resolució impugnada, per acreditar la comissió de la infracció la Inspecció de Treball parteix, a banda de la denúncia del propi treballador afectat, de les declaracions de dos ex-treballadors de l'empresa i d'un altre testimoni que, si bé mantenia que, en el moment de la declaració, tenia la condició de treballador de GEMCONS, SLU, en aquell moment estava de baixa i, a més, havia manifestat la seva voluntat de deixar l'empresa.

Així, a la Resolució es destaca que als tres testimonis se'ls va preguntar si en alguna ocasió els responsables de l'empresa havien constatat que els declarants treballaven sense el casc, i van respondre que sí, però que no se'ls va sancionar per aquest motiu sinó que només se'ls va advertir verbalment.

A la Resolució també es diu que no s'ha acreditat que els responsables de l'empresa haguessin advertit al Sr. I. més vegades que a la resta dels treballadors dels seus incompliments de les normes de seguretat, i recorda que l'article 105 del Codi de Relacions Laborals preveu com a sanció l'amonestació escrita però no la verbal.

En via administrativa no es va practicar la testifical d'altres treballadors de l'empresa, tot i que G. SLU ho va sol·licitar (veure foli 292 de les actuacions).

Quart.- La primera qüestió que cal resoldre és la relativa a si l'article 159.3 del Codi de relacions laborals estableix unes matèries concretes en les que no pot haver discriminació envers els treballadors, sense que es pugui ampliar el llistat, com defensa l'empresa i s'accepta a la Sentència del Tribunal de Batlles.

Doncs bé, el referit article disposa:

"Són infraccions molt greus:

(...)

3. Les decisions unilaterals de l'empresa que impliquin discriminacions en matèria de retribucions, formació, promoció i altres condicions de treball, per

causa de naixement, raça, sexe, orientació sexual, origen, religió, opinió o qualsevol altra condició personal o social, o per la condició de delegat de personal.”

La redacció d'aquest precepte permet sostenir que l'expressió “altres condicions de treball” inclou qualsevol altre matèria referida a la relació laboral, inclòs, per tant, el règim disciplinari de l'empresari envers el treballador.

El mateix es pot dir en relació a l'expressió “qualsevol altra condició personal o social”.

En definitiva, el precepte recull un ventall obert de possibilitats de discriminacions, i no un *numerus clausus*. Ara bé, no qualsevol tractament desigual ha de comportar un tracte discriminatori.

Aclarit aquest extrem cal dir que, al seu recurs d'apel·lació, el GOVERN manté que no hi ha dubte que l'empresa ha aplicat un tracte discriminatori a un treballador –el Sr. I.–, que fou objecte de diferents expedients disciplinaris pels mateixos fets que altres treballadors també havien realitzat, sense que en aquests casos l'empresa apliqués cap sanció, i que l'empresa no ha demostrat que el Sr. I. hagués comés de forma reiterada els fets pels quals se l'ha sancionat (no dur el casc mentre estava treballant, entre d'altres, tot i que aquest fet és al que més rellevància se'n dona a la Resolució), reiteració que –al·lega l'empresa– no es va donar en el cas de la resta de treballadors, per la qual cosa el GOVERN conclou sí hi ha hagut un tracte discriminatori.

Tanmateix, cal tenir en compte que el principi d'igualtat davant la Llei no dóna cobertura a un impossible *dret a la igualtat en la il·legalitat* o, dit d'una altra manera, un *dret d'igualtat contra la Llei*, de manera que aquell a qui s'aplica la Llei no pot considerar violat el citat principi constitucional pel fet que la Llei no s'apliqui a uns altres que així mateix l'han incomplert, ni pot pretendre específicament la seva impunitat pel fet que uns altres hagin resultat impunes, doncs, la impunitat d'alguns no suposa que, en virtut del principi d'igualtat, hagi de declarar-se la impunitat d'uns altres que hagin participat en els mateixos fets.

Arribats a aquest punt cal tenir en compte que l'article 52 del Codi de Relacions Laborals estableix que la persona treballadora té dret a una protecció eficaç en matèria de seguretat i salut en el treball i, ensems, té l'obligació de realitzar la seva tasca d'acord amb la normativa vigent en la matèria; que l'incompliment de les obligacions en matèria de prevenció de riscos per part de la persona treballadora té la consideració d'incompliment laboral de caràcter lleu, greu o molt greu, segons les circumstàncies, als efectes previstos en el títol III del

referit Codi, i que l'incompliment greu, o lleu però reiterat, per part de l'empresa de les seves obligacions de garantir la seguretat i la salut de la persona treballadora, de conformitat amb la normativa vigent en la matèria, pot donar lloc al desistiment justificat de la persona treballadora.

Però, a més, l'article 37.3 de la Llei 34/2008, del 18 de desembre, de la seguretat i la salut en el treball, tipifiquen com a infracció lleu els incompliments en matèria de prevenció de riscos laborals que no tinguin una transcendència greu per a la integritat física o la salut dels treballadors, mentre que l'article 38.14 del mateix text normatiu tipifica com a infracció greu Incomplir les obligacions en matèria de prevenció de riscos laborals quan creïn un risc greu per a la integritat física o la salut dels treballadors afectats i especialment en matèria de mesures de protecció col·lectiva o individual, entre d'altres i, finalment, l'article 39.12 tipifica, entre d'altres, com a infracció molt greu qualsevol incompliment en matèria de prevenció de riscos laborals quan hagi comportat un risc greu i imminent per a la integritat física o la salut dels treballadors.

Des d'una altra perspectiva, resulta contrari als principis establerts l'article 4 de la Llei 34/2008, i a les obligacions del Govern que la Llei recull, que es sancioni a l'empresari per haver, a la seva vegada, sancionat a un treballador per incomplir una norma de seguretat –portat casc– i no haver sancionat a d'altres que van reconèixer haver incomplert aquesta mateixa norma.

Recordis que és funció del Govern, entre d'altres, la de fomentar la prevenció, la vigilància i el control del compliment de la normativa sobre seguretat i salut en el treball, mitjançant la promoció de la prevenció mitjançant la informació, la divulgació, la formació, la recerca en matèria preventiva i el seguiment de les actuacions preventives que es duguin a terme a les empreses; vetllar pel compliment de la normativa de seguretat i salut mitjançant l'exercici de les seves facultats de vigilància i control, i sancionar l'incompliment de la normativa de seguretat i salut per part de les persones físiques o jurídiques responsables dins l'àmbit del dret administratiu sancionador.

D'altra banda, les dades que es dedueixen de les actuacions no porten a concloure que el tracte suposadament discriminatori envers el Sr. I. tingui el seu origen en que aquest va testificar en contra dels interessos de l'empresa en un procediment laboral iniciat per un altre treballador, ja que les primeres comunicacions són d'abans del moment en què el Sr. I. va testificar. En efecte, la primera comunicació

adreçada al treballador (foli 176) és de data 19 de gener de 2015, i la següent de 19 de febrer de 2015, mentre que la testifical es va portar a terme en la Batllia, Secció Civil, el 12 de novembre de 2015 (foli 193).

I la circumstància que les difícils relacions entre l'empresa i el Sr. I. van comportar que aquest interposés una demanda laboral, i que finalment ambdues parts arribessin a un acord pel qual l'empresa va abonar al treballador la quantitat de 40.303,74 euros en concepte d'indemnització, tampoc pot servir per demostrar que existís una actitud discriminatòria envers el treballador.

A l'últim indicar que la STSJ 82/2017, de data 30 de maig, que fou dictada per la Sala Civil –tot i que al recurs d'apel·lació interposat pel Govern no es digui–, afirma que l'empresa té el poder organitzatiu (en particular en relació a les hores extraordinàries, la proposició de les quals correspon a l'empresa), i de manera correlativa el poder disciplinari, afegint que, no obstant això, els ha d'exercir sense cap abús ni cap discriminació i respectant la igualtat entre els treballadors, i que el poder disciplinari només s'ha de fer servir en l'estricta marc legal i amb l'únic objectiu de fer respectar el poder de direcció de l'empresa.

Però d'això no pot concloure's, que, en el cas que ens ocupa, es pugui al·legar pel treballador un tracte discriminatori pel fet que a altres treballadors no se'ls hagi sancionat, com s'ha vist.

A més, la testifical practicada en via administrativa no demostra que en el cas dels ex-treballadors que van testificar l'incompliment fou reiterat, únicament que se'ls va advertir sense sancionar, i, a més, no es va practicar la testifical proposada per l'empresa encaminada a demostrar que en el cas del Sr. I. els incompliments van ser reiterats, circumstància que no se va donar en el cas dels altres treballadors.

Per tot això, cal desestimar el recurs interposat pel GOVERN.

Cinquè.- No s'aprecien circumstàncies determinants d'una especial condemna al pagament de les despeses d'aquesta segona instància.

DECISIÓ

En atenció a tot el què s'ha exposat, la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia, en nom del poble andorrà, decideix:

Primer.- Desestimar el recurs d'apel·lació presentat pel GOVERN.

Segon.- Confirmar la sentència recorreguda i declarar que la resolució de GOVERN de data 20 de desembre de 2017 no és ajustada a dret i als fins que legitimen l'activitat administrativa.

Tercer.- De no efectuar cap condemna en costes.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es lliurin els autes originals amb la certificació d'aquesta sentència al Tribunal de Batlles, Secció Administrativa del qual procedien, i que s'arxivin les actuacions del Tribunal.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.