



Roj: STSJ CAT 1636/2012
Id Cendoj: 08019340012012101073
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 5308/2011
Nº de Resolución: 658/2012
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2009 - 0022953

CR

ILMO. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO

ILMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

En Barcelona a 27 de enero de 2012

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 658/2012

En el recurso de suplicación interpuesto por Nissan Motor Ibérica, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 24 Barcelona de fecha 19 de abril de 2010 dictada en el procedimiento Demandas nº 846/2009 y siendo recurrido/a Marcelino y Vicente . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de agosto de 2009 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, 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 19 de abril de 2010 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimando en parte la demanda interpuesta por D. Marcelino y D. Vicente frente a la empresa Nissan Motor Ibérica S.A., declaro la nulidad de los despidos de los actores acordado por la demandada, a quien condeno a que en el plazo de cinco días, proceda a su readmisión en las mismas condiciones que regían con anterioridad a su despidos, con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha de sus despidos hasta la de su efectiva readmisión. "

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

"PRIMERO. Los actores, D. Marcelino , con DNI nº NUM000 , y D. Vicente , con DNI nº NUM001 , venían prestando servicios para la empresa Nissan Motor Ibérica S.A. con la antigüedad, categoría profesional y salario siguientes:

- Marcelino : antigüedad de 14-6-04, categoría profesional de Operario y salario anual de 26.701,90 euros.

- Vicente : antigüedad de 17-1-00, categoría profesional de Operario y salario anual de 26.261,62 euros.

SEGUNDO. Por resolución de 10-12-08 se autorizó a la empresa a la suspensión de los contratos de 3.332 trabajadores de su plantilla. En febrero de 2009 alcanzó un acuerdo con los representantes de los trabajadores aprobando un plan industrial. Por resolución de 31-3-09 se autorizó a la empresa para la extinción de los contratos de 153 trabajadores; y por resolución de 30-7-09 se le autorizó la extinción de 200 trabajadores (docs. 2, 3, 6, 7 de la demandada).

TERCERO. En fecha 16-6-09 la empresa había presentado una solicitud de Expediente de Regulación de Empleo que fue tramitada con el nº NUM002 y aprobada por resolución de 29-7-09, por la que se le autorizó a extinguir los contratos de 698 trabajadores, 150 de los cuales con expectativa de retorno, acordándose que en el plazo de cinco días la empresa debía comunicar la lista definitiva de los trabajadores afectados. En la referida solicitud la empresa hizo constar que dicho excedente de trabajadores se seleccionaría según los siguientes criterios: "Polivalència (capacitat per a desenvolupar les funcions de dos o més llocs de feina, sense necessitat d'una formació complexa); habilitats (capacitat per a desenvolupar el seu lloc de feina actual o futur); formació (aprofitament del major número de cursos de formació directament relacionats amb el seu lloc de feina) i autonomia (capacitat per a desenvolupar les funcions actuals o futures sense necessitat de supervisió directa)"; haciéndose constar asimismo que "Es preveu així mateix que, en segon lloc, es seleccionaran aquells treballadors amb una menor antiguitat i finalment els treballadors que actualment ocupin llocs de feina que hagin de ser amortitzats". Dicho expediente fue aprobado con la oposición del sindicato CGT y frente a la referida resolución dicho sindicato interpuso recurso de alzada, actualmente pendiente de resolución (doc. 12 de la parte actora y docs. 4 y 5 de la demandada).

CUARTO. Por carta de fecha 29-7-09 la empresa comunicó a los actores la extinción de sus contratos, en virtud del referido Expediente de Regulación de Empleo, con efectos de 31-7-09 (docs. 1 y 2 de la parte actora).

QUINTO. En fecha 9-7-09 el sindicato CGT había entregado a la demandada un listado de trabajadores de la empresa afiliados a dicho sindicato, en el que se incluía a los actores (interrogatorio de la empresa, primer testigo de la empresa y doc. 7 de la parte actora).

SEXTO. Los actores están afiliados al sindicato Confederación General del Trabajo (CGT) y fueron incluidos como candidatos por dicho sindicato en el listado de las elecciones sindicales correspondiente al año 2007. Prestan sus servicios en la planta de fabricación; anteriormente los habían prestado en otras plantas y en distintos puestos de trabajo. En un informe de valoración de puestos de trabajo relativo al actor D. Vicente se hizo constar que existía más riesgo de que en los puestos de sellado presentara una reagudización de su patología que en su anterior puesto en la planta de transmisiones. En fecha mayo-09 se emitió un informe de valoración del actor D. Marcelino , en el que la opinión global de la evaluadora fue la de baja (entre muy baja y excelente) y otro informe del actor D. Vicente en que la conclusión de la evaluadora fue también de baja (segundo testigo de la demandada y primero de la parte actora; docs. 4 y 5 de la parte actora y docs. 21 y 22 de la demandada).

SÉPTIMO. La empresa a fecha 1-7-09 tenía 1.304 afiliados al sindicato Unión Sindical Obrera de Catalunya y en el referido ERE resultaron afectados 277 trabajadores afiliados a dicho sindicato. En septiembre-09 la empresa tenía 508 trabajadores afiliados al sindicato Unión General de Trabajadores, en mayo-09 454 y fueron incluidos en el referido ERE NUM004 . En septiembre-08 la empresa tenía 1.424 trabajadores afiliados al sindicato Unión Sindical Obrera, en marzo-09 1.397 y en agosto-09 942, habiendo sido incluidos en el referido ERE NUM003 . El número de trabajadores de la empresa afiliados a CC.OO. antes de ese ERE era de 882 personas, de los cuales 103 fueron incluidos en el mismo (documentación adjunta a las actuaciones, documentación aportada en trámite de diligencias finales y docs. 13 a 17 de la parte actora).

OCTAVO. En fecha 28-7-09 había un total de 168 trabajadores de la empresa afiliados al sindicato CGT, de los cuales 111 resultaron afectados por el ERE (docs. 6 y 21 de la parte actora y doc. 17 de la demandada).

NOVENO. Para la elección de los trabajadores objeto del ERE la empresa decidió excluir a las trabajadoras embarazadas, a los mayores de 53 años y a quienes tuvieran reconocida una incapacidad permanente (interrogatorio de la empresa y primer testigo de la empresa).

DÉCIMO. En fecha 23-9-09 se celebró el preceptivo acto de conciliación previa, con el resultado de sin avenencia."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estima parcialmente la demanda y declara la nulidad del despido de los dos trabajadores demandantes, recurre en suplicación la empresa demandada solicitando la revocación de la sentencia con íntegra desestimación de la demanda.

Al amparo de la letra b) del art. 191 LPL se formula el primer motivo del recurso que interesa la revisión de los hechos probados tercero y quinto, para que se haga constar en el primero de ellos que el expediente de regulación de empleo fue aprobado en su momento sin acuerdo con los representantes de los trabajadores, y en el segundo, que el único medio que tenía la empresa para conocer la afiliación de los trabajadores al sindicato CGT era el listado facilitado por dicho sindicato en fecha 9 de julio de 2009, ya que no se practicaba descuento en nómina de la cuota sindical.

Ninguna de ambas pretensiones puede ser acogida porque resultan del todo irrelevantes para la resolución del asunto.

La primera de ellas, porque es intrascendente la matización de que el expediente de regulación de empleo pudiere haber sido aprobado sin acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, que no ha de tener ninguna incidencia a la hora de valorar los efectos jurídicos derivados de la elección de los actores, ni cuestiona tampoco los datos relativos a los porcentajes de trabajadores afectados por el expediente afiliados a cada uno de los sindicatos conforme detalla el ordinal séptimo.

Y la segunda, porque no se discute que los dos demandantes estaban incluidos en aquel listado de afiliados que el sindicato CGT hace llegar a la empresa el 9 de julio de 2009; a lo que se añade incluso que fueron candidatos de ese mismo sindicato en las elecciones sindicales del año 2007, con lo que es claro que la empresa conocía perfectamente su afiliación sindical antes del despido, sin que ninguna relevancia tenga el hecho de que ninguno de los afiliados a CGT pagase por nómina su cuota sindical.

SEGUNDO.- El motivo segundo se formula al amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL , denunciando infracción de los arts. 20 y 51 ET , 179.2 LPL y de la doctrina jurisprudencial que cita.

Ha tenido ya ocasión esta Sala de pronunciarse reiteradamente sobre esta misma cuestión en los casos de otros trabajadores del mismo sindicato CGT incluidos por la empresa en la lista de afectados por el expediente de regulación de empleo en litigio.

Como decimos en nuestra sentencia de 5 de mayo de 2011(rec. 7362/2010) : "En esencia, indica el recurrente dos cuestiones: primera, que el porcentaje de afiliados al sindicato CGT afectados en el ERE NUM002 no constituye indicio suficiente de discriminación como para declarar la inversión de la carga de la prueba; segunda, que se ha realizado la selección de trabajadores afectados por el ERE de acuerdo con los criterios de afectación marcados por la Autoridad laboral (antigüedad, puestos de trabajo amortizables, polivalencia-habilidades-formación-autonomía), siendo la elección de los actores totalmente ajena a su afiliación sindical (el proceso de evaluación de la plantilla lo fue de acuerdo con los criterios de selección se aplicó a todos los trabajadores, afiliados y no afiliados a sindicatos, y la reestructuración afectó también a trabajadores de todos los sindicatos y a otros no afiliados), por cuanto dicha elección lo fue con base en la valoración de sus competencias profesionales y con carácter previo a la entrega de la lista de 135 trabajadores afiliados por parte del sindicato CGT el 9.7.2009".

Pretensión que no puede ser acogida, pues tal y como en esa misma sentencia se señala: "Esta Sala de lo Social ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre el caso que nos ocupa, sobre identidad de hechos (despido de trabajadores afiliados a través del mismo ERE) y diferentes actores, por ejemplo y entre otras muchas en SSTSJ Cataluña de 29.11.2010 (Rº 3291/10) , 20.12.2010 (Rº 3893/2010) y 3.3.2011 (Rº 6587/2010) , en las que se sienta la doctrina de este Tribunal sobre la condición de indicio de discriminación suficiente a los efectos de invertir la carga de la prueba llegando a la conclusión (plasmada previamente en sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2010 (Rº 1250/2010) , dictada en Sala General), respecto del mismo ERE, que aquí se contempla de que: a) La evidente desproporción existente entre las personas afectadas por el ERE afiliadas a la CGT es, en principio, un elemento suficiente para que se invierta, en estos casos, la carga de la prueba (al respecto, resulta ilustrativa la mención comparativa que se realiza, entre realidades sindicales y umbral de afectación correspondiente, en los ordinales séptimo a décimo de la sentencia impugnada, que damos aquí por reproducidos); b) No obstante, atendida la circunstancia de que no se aplicaba en nómina el

descuento de la cotización al sindicato al que pertenecen los actores recurrentes, para que opere la inversión de la carga de la prueba es preciso analizar caso por caso para saber si la empresa tenía conocimiento de la condición de afiliado al sindicato de los, en este caso, trabajadores afectados y demandantes, elemento necesario para que pueda hablarse de actuación antisindical; y c) Que en cada caso habrá que hacer un juicio de causalidad en relación con la aplicación concreta a cada persona de los criterios fijados por la empresa y los diferentes informes efectuados al respecto.

Decimos a continuación que "En otra sentencia de esta Sala y en el mismo ERE, con el núm. de recurso 1228/10 se razonaba: "La Sala ha abordado una cuestión similar a la ahora debatida (al analizar la incidencia sobre el derecho a la libertad sindical de los distintos Expedientes de Regulación de Empleo que afectaron a afiliados al Sindicato CGT), reiterando la de 19 de marzo de 2009 el criterio expresado en las de 19 de octubre de 2006 y 20 de septiembre de 2007, cuando recuerda como "el artículo 2 de la Ley Orgánica 11/85 de 2 de agosto de Libertad Sindical establece que tal libertad comprende el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección , así como el derecho a la actividad sindical (y que) el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , dentro del capítulo relativo a la tutela de los derechos de libertad sindical, señala que en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". Invoca, en este sentido, la doctrina constitucional que -expresada por la sentencia de 1 de febrero de 2005 - considera que "el derecho a la libertad sindical proclamado por el artículo 28.1 CE garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical, de suerte que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si el trabajador resulta perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa, para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, constituye una garantía de indemnidad, que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre , 17/1996, de 7 de febrero , 74/1998, de 31 de marzo , 30/2000, de 31 de ener , 173/2001, de 26 de julio , 111/2003, de 16 de junio y 79/2004, de 5 de mayo)".

En orden a "la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho a la libertad sindical frente a posibles actuaciones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales" (ex art. 179.2 de la LPL) y "para precisar con nitidez los criterios aplicables en materia probatoria cuando están en juego posibles vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, como es el caso de la libertad sindical" se remite el citado Tribunal a su sentencia de 11 de febrero de 2002 , reiterando así que "la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad (que se revela) tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador".

Pues bien, atendiendo tanto a "la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador" como a "las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos... la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo" a través de una prueba indiciaria cuya finalidad "no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental"; lo que se articula con un "doble elemento...el primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental...y que "no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido... Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto "sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata - concluye dicha sentencia- de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales - lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial,

de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales"; debiendo, así, acreditar el empresario "que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.... La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador".

TERCERO.- Llegados a este punto, resulta probada la inclusión de los dos demandantes en el listado facilitado por el sindicato a la empresa demandada a que se refiere el ordinal quinto de los hechos probados, de manera que no puede descartarse el indicio de discriminación sindical para los mismos, a lo que debe añadirse además el dato de que ambos fueron candidatos por el sindicato CGT en las elecciones sindicales de 2007.

Cuestión distinta es la realidad o no de los parámetros invocados por la empresa para proceder a su inclusión en el ERE.

Sobre este particular, el ordinal sexto de la sentencia recurrida, no combatido, señala que los formularios de valoración a los que alude la empresa, indican que en el caso de D. Vicente , existía más riesgo de que en los puestos de sellado presentara una reagudización de su patología que en su anterior puesto en la planta de transmisiones y en otro informe la conclusión de la evaluadora era de una valoración baja; y e igualmente respecto a D. Marcelino .

Ahora bien, la carga probatoria ex art. 217 LEC no ha sido cumplimentada suficientemente por la demandada en ninguno de ambos casos, de modo que no puede descartarse, a la vista de la prueba practicada, del relato fáctico y de la fundamentación de la sentencia recurrida, que la decisión empresarial obedeciera a motivos de discriminación sindical, dada la afiliación de los tres actores referidos al sindicato CGT , de suerte que debe desestimarse el recurso con relación a dichos actores. Ello es así en tanto que la Sala carece de elementos de juicio suficientes, en relación con otros eventuales afectados, para llegar a una conclusión distinta de la del juzgador a quo y la redacción del ordinal sexto que no ha sido impugnada por la empresa, impide alcanzar la conclusión de que la elección de los actores pudiere estar justificada en aquellas evaluaciones de las que carecemos de parámetros comparativos que permitan considerarlas como elementos probatorios suficientes y de tal entidad que hubieren desvirtuado los indicios de vulneración de derechos fundamentales.

Como establece el art. 233.1º de la Ley de Procedimiento Laboral , procede condenar a la recurrente al pago de honorarios del letrado de la parte impugnante del recurso.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por NISSAN MOTOR IBERICA,S.A., contra la Sentencia de fecha 19 de abril de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social 24 de los de Barcelona, en el procedimiento número 846/2009 , seguido en virtud de demanda de despido formulada contra la misma por Marcelino y Vicente , y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en todas sus partes, imponiendo a la recurrente el pago de los honorarios del letrado de la recurrida que la Sala establece en 400 euros. Se decreta la pérdida del depósito y consignaciones constituidas para recurrir.

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.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la



Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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/la Ilmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ