



Roj: **SAN 2604/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:2604**

Id Cendoj: **28079240012013100123**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2013**

Nº de Recurso: **210/2012**

Nº de Resolución: **125/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2604/2013,**  
**STS 5441/2014**

## **SENTENCIA**

Madrid, a diecisiete de junio de dos mil trece.

La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y ha dictado la siguiente sentencia

### **EN NOMBRE DEL REY**

## **SENTENCIA**

En el procedimiento nº 210/12 seguido por demanda de DOÑA Adoracion y DON Patricio (letrado Don Ángel Martín Aguado) contra la resolución de 10 de enero de 2012 de la subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Trabajo del MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN (Abogado del Estado Doña María Isabel del Valle), la empresa AUTOBAR SPAIN S.A.U. y SERVENTA (letrada Doña María Ángeles Álvarez Hernández) y MINISTERIO FISCAL sobre impugnación de actos administrativos, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Según consta en autos, el día 25-7-2012 se presentó demanda por DOÑA Adoracion y DON Patricio contra la resolución de 10 de enero de 2012 de la subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Trabajo del MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, la empresa AUTOBAR SPAIN S.A.U. y SERVENTA y MINISTERIO FISCAL en IMPUGNACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

**Segundo.-** La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 210/12 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otro sí de prueba

**Tercero.-** Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**Cuarto.-** Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

DOÑA Adoracion y DON Patricio ratificaron su demanda de impugnación de actos administrativos, mediante la cual pretenden dictemos sentencia en la que declaramos NULA Y SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, por vulneración de derechos fundamentales, comunicando dicha nulidad a la empresa AUTOBAR SPAIN S.A., para que proceda a la inmediata readmisión de los actores en las mismas condiciones laborales



que regían con anterioridad al despido, o subsidiariamente se declare su IMPROCEDENCIA, condenando a la demandada a readmitirlos en las mismas condiciones laborales que regían con anterioridad al despido o al pago de la máxima indemnización legal, y, en cualquiera de los dos casos, al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, más la cantidad de 12.020,25 € por daños morales para cada uno de ellos.

Destacaron, a estos efectos, que las resoluciones recurridas vulneraron su derecho a la indemnidad y el caso de la señora Adoracion su derecho de igualdad y no discriminación por razón de género, así como su derecho a la conciliación de la vida profesional con la familiar y personal.

Denunciaron, que nunca se fijaron criterios claros de selección de trabajadores en su centro de trabajo, en el que se extinguieron finalmente cuatro puestos de trabajo: dos de modo voluntario y los de los demandantes. - Señalaron, que la señora Adoracion fue despedida unos meses antes, declarándose la nulidad de su despido por vulneración de derechos fundamentales, sin que la empresa recurriera la sentencia, aunque sabía perfectamente, en el momento de tomar dicha decisión, que iba a promover un ERE, en el que la incluyó finalmente como represalia a su actuación precedente. - Destacaron, del mismo modo, que la única causa del despido del señor Patricio es que intervino como testigo en el litigio de la otra demandante.

AUTOBAR, SAU y SERVENTA se opusieron a la demanda, señalando, en primer término, que los demandantes interpusieron fuera de plazo su recurso de alzada, por lo que la resolución de la DGE de 10-02-2012, que convalidó sus extinciones, es firme a todos los efectos, por lo que concurría causa de inadmisibilidad de la demanda.

Destacaron, en segundo lugar, que el ERE concluyó con acuerdo, que supuso reducir a 120 los 193 despidos previstos inicialmente. - Subrayaron que, en la reunión de 21-12-2011 se debatieron ampliamente los criterios de selección, una vez cubierto el cupo de extinciones voluntarias, admitiéndose por los representantes de los trabajadores la extinción de los contratos de los demandantes, que fueron ratificados por las asambleas de trabajadores. - El 28-12-2011, fecha de finalización con acuerdo del período de consultas, se identificaron plenamente a todos los despedidos.

Admitieron, que la demandante fue despedida, que su despido fue declarado nulo por sentencia firme y que la demandante utilizó la reducción de jornada por guarda legal, pero negaron que dicha circunstancia influyera en su despido, puesto que había 23 trabajadoras en la misma situación y solo se vieron afectadas por la extinción 8 de ellas.

Admitieron del mismo modo que el señor Patricio acudió como testigo al juicio de su compañera, al igual que otros dos trabajadores, que no se han visto afectados por el despido, por lo que no hay relación causa efecto entre su actuación como testigo y su despido.

Subrayaron, por el contrario, que la compra de SERVENTA fue una operación fallida, que colocó a la empresa en situación económica negativa, planteando, al tiempo, graves problemas organizativos, como duplicación de funciones, servicios y puestos de trabajo, que justificaron sobradamente las extinciones colectivas, como subrayan de modo expreso las resoluciones recurridas.

Defendieron, que el despido de la demandante se justificó sobradamente, porque la otra administrativa se ocupó de su trabajo y del de la demandante durante el despido y la IT subsiguiente, demostrando, con creces, que estaba más capacitada para cubrir un departamento administrativo en el que solo había dos administrativas.

Mantuvieron finalmente, que el señor Patricio fue despedido, porque se concentraron los almacenes y se mantuvo en la empresa a quien coordinaba los almacenes, que atendía a la coordinación del almacén y estaba en condiciones de atender al servicio.

La ABOGADA DEL ESTADO se opuso a la demanda y defendió que los demandantes interpusieron el recurso de alzada fuera de plazo, por lo que la resolución de la DGE se convirtió en firme para ellos.

Excepcionó incompetencia de jurisdicción en lo que se refiere a la indemnización complementaria reclamada, puesto que el conocimiento de los litigios, en los que se reclame la responsabilidad patrimonial de la Administración, corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Defendió, por último, que la resolución recurrida se ajustó a derecho.

Los demandantes defendieron que el recurso de alzada se interpuso en el plazo establecido, defendiendo, en todo caso, que la Ministra de Empleo entró a conocer del fondo del asunto.

Destacaron finalmente que la indemnización reclamada afecta únicamente a las empresas codemandadas, no reclamándose indemnización alguna a la Administración.



**Quinto** . - Cumpliendo el mandato del art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 14 de octubre , se significa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

-El recurso de alzada se interpuso el 22-02-2012.

-El 21-12-2011 se celebró una reunión de la comisión negociadora a la que acuden comisión ad hoc de los centros sin representación y representantes unitarios y el comité intercentros de Autoban en la que se debaten criterios de selección y estaban identificadas y se conocía a los afectados.

-En el momento de producirse el despido colectivo había 23 trabajadores con reducción de jornada por cuidado de hijos.

-En julio de 2011 el consejero delegado de Autoban comunicó a todos los trabajadores que se iba a producir la absorción de Serventa; nada se dijo de que se iba a hacer un ERE.

-IIT admite la existencia de grandes duplicidades organizativas.

-Desde el primer momento del periodo de consultas se dan los criterios objetivos de selección.

-Había dos administrativas D<sup>a</sup> Adoracion y D<sup>a</sup> Ester. D<sup>a</sup> Ester es quien se ocupa del trabajo de D<sup>a</sup> Adoracion y del suyo durante la baja de D<sup>a</sup> Adoracion .

-D. Patricio era almacenero, tras la fusión se concentraron los almacenes; se ha mantenido al jefe de almacén.

Hechos pacíficos:

-Por la DGT se advirtió en el oficio que se habría interpuesto el recurso de alzada 22-2-2012 pero dictó resolución en la que no se pronunciaba respecto de la inadmisibilidad sino que se desestima.

-El 28-12-2011 se llega al acuerdo final en el que se pasa 193 afectados a 120 despidos con una propuesta de voluntariedad.

-Las partes someten el principio de acuerdo a asambleas y lo aprueban.

-28-12-2011 se llega al acuerdo final.

-Serventa estaba en una situación económica negativa.

-La empresa admite que el grupo es patológico y se encontraba en su conjunto en una situación económica negativa.

-Se despidió a D<sup>a</sup> Adoracion cuyo despido se ventiló ante el Juzgado Social nº 28 de Barcelona, el cual se declaró nulo y por la empresa se admitió la firmeza de la misma se solicitó la readmisión de D<sup>a</sup> Adoracion pero no se incorporó a la empresa por encontrarse en incapacidad temporal.

-ELA no participó en el periodo de consultas si bien se le fue informando de todo el proceso y se le dio posibilidad de adherirse al acuerdo-

-la DGE entró a entender que las causas propuestas por la empresa concurrían.

Resultando y así se declaran, los siguientes

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO** . - DOÑA Adoracion trabajó para la empresa AUTOBAR SPAIN, SAU con antigüedad de 1-03- 1999, categoría profesional de oficial 2<sup>a</sup> administrativa y salario de 85, 56 euros diarios con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

DON Patricio trabajó para la empresa antes dicha con antigüedad de 28-04-2005, categoría profesional de almacenero A y salario de 55, 99 euros diarios con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Ambos demandantes están afiliados a CCOO

**SEGUNDO** . - El 7-04-2011 la empresa antes dicha notificó a la demandante su despido con efectos de 6-04-2011 por motivos disciplinarios. - La demandante interpuso demanda, que correspondió al Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona, quien dictó sentencia el 5-09-2011 , en su procedimiento 435/2011, en la que declaró la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. - Al juicio, celebrado ante el Juzgado, acudió como testigo el otro demandante, así como otros dos trabajadores, cuyos nombres no se han acreditado, quienes fueron convocados por la demandante. - La sentencia es firme.



**TERCERO** . - El 22-09-2011 la empresa condenada se dirigió por escrito a la demandante para notificarle que podía reincorporarse a su puesto de trabajo en el mismo momento en que recibiera su alta por IT. - En la comunicación, que obra en autos, le significa, que podrá reincorporarse con una reducción de jornada de 1/8 y en el horario propuesto por la propia demandante.

**CUARTO** . - El 27-11-2011 la empresa citada adquirió las acciones de VENDIGN INVESTMEN II, SARL. - El 29-11-2011 se fusionaron por absorción las empresas AUTOBAR SPAIN S.A.U., AUTOBAR NORTE S.A.U., SERVICIO DE VENTA AUTOMÁTICA S.A.U., DISTRIBUCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE MAQUINAS AUTOMÁTICAS DEL NORTE, S.A.U., SERVICIO DE VENDING Y DISTRIBUCIÓN S.L.U., EUVESA VENDING, S.L.U., P.T. LOGÍSTICA Y COMERCIALIZACIÓN VENDING, S.L.U., y TREBE VENDING, S.L.U.

**QUINTO** . - Dicho proceso se notificó a los trabajadores por el Consejero Delegado de AUTO SPAIN, SAU.

**SEXTO** . - El 24-11-2011 AUTO SPAIN, SAU y el GRUPO SERVENTA promovieron ante la DGE expediente de regulación de empleo, que se tramitó con el nº NUM000 , mediante el que pretendían extinguir 175 contratos de trabajo por causas económicas y organizativas. - La empresa demandada mantuvo reuniones con una comisión de trabajadores, compuesta por representantes unitarios y comisiones ad hoc, a la que no acudió el sindicato ELA, que representaba a los centros de trabajo de Guipúzcoa, Álava y Vizcaya. - La empresa aportó la documentación siguiente:

- Escrito de solicitud de expediente de regulación de empleo.
- Escritura de poderes de representación.
- Memoria Explicativa de las causas que determinan el expediente.
- Comunicación de apertura del período de consultas, entrega de la documentación del expediente y solicitud de informe al mismo, a las representaciones legales en los centros de trabajo de la empresa que tienen representación legal laboral y a los trabajadores en aquéllas que carecen de dicha representación; en este caso, aportando las actas de las asambleas para el nombramiento de representantes, así como la acreditación documental de la entrega a éstos de la documentación del expediente y solicitud de informe al mismo.
- Número y clasificación de trabajadores contratados habitualmente durante el último año.
- Criterios de designación de los trabajadores afectados.
- Justificación de razonabilidad de la medida en relación con las causas alegadas.
- Plan de acompañamiento social.
- Documentación económica consolidada de los ejercicios 2009, 2010 y provisionales de 2011

La empresa y la comisión antes dicha se reunieron los días 18 y 24-11-2011; 1, 13, 14, 20 y 21-12-2012. - En esta última fecha alcanzan un preacuerdo, mediante el que redujeron el número de afectados a 120, convinieron una indemnización de 40 días por año, con un tope de 24 mensualidades y un máximo de 70.000 euros, la congelación salarial de 2011 y 2012 y un incremento de un 4% de las retribuciones a partir de 2012, anexándose un documento, que contenía el número de afectados centro por centro de trabajo, apareciendo seis afectados en el centro de Cornellá/Tarrasa, donde prestaban servicios los demandantes.

Dicho preacuerdo se sometió a asambleas entre los trabajadores, quienes lo aprobaron masivamente, alcanzándose finalmente acuerdo el 28-12-2011, en el que aparece por primera vez el listado nominativo de afectados, en el que están incluidos los actores, junto con otros cuatro trabajadores del centro de Cornellá/Tarrasa.

**SÉPTIMO** . - La empresa notificó la conclusión del período de consultas con acuerdo el 3-01-2012 y el 10-01-2012 la DGESS dictó resolución en su expediente NUM000 , mediante el que autorizó las extinciones solicitadas. - La fecha de salida de la resolución antes dicha es el 18-01-2012

**OCTAVO** . - La empresa notificó a los demandantes la extinción de sus contratos de trabajo el 20-01-2012.

**NOVENO** . - Los demandantes interpusieron recurso de alzada contra la resolución recurrida el 16-02-2012.



**DÉCIMO** . - El 7-06-2012 la Subdirectora General de Empleo y Seguridad Social por delegación de la Ministra de Trabajo dictó resolución, mediante la que desestimó los recursos de alzada de ambos demandantes.

**UNDÉCIMO** . - En el centro de trabajo de Cornellá/Tarrasa había dos administrativas antes del despido. - La demandante era la más antigua de las dos.

**DÉCIMO SEGUNDO** . - En el centro antes dicho había dos almaceneros: uno ostentaba la función de coordinador y el demandante la categoría de almacenero A, aunque desde el 1-01-2011 realizaba funciones de dependiente.

Se han cumplido las previsiones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** . - De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.2 y 2.s de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

**SEGUNDO** . - En cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se hace constar que los anteriores hechos declarados probados se han obtenido de los medios de prueba siguientes:

a. - Los hechos primero y décimo no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS.

b. - El segundo de la sentencia citada, que obra como documento 1 de los demandantes (descripción 70 de autos), que fue reconocida de contrario, constatándose por su mera lectura que solo se practicó prueba testifical a propuesta de la demandante. - Es pacífico que la empresa no recurrió dicha sentencia.

c. - El tercero de la carta citada, que obra como documento 2 de la demandante (descripción 71 de autos), que fue reconocida de contrario.

d. - El cuarto de las escrituras notariales, que obran como documentos 1 y 2 de las demandadas (descripciones 79 y 80 de autos) que fueron reconocidas de contrario.

e. - El quinto es pacífico, en lo que se refiere a la comunicación por parte del Consejero Delegado. - Los actores mantuvieron que ya entonces les dijo que iba a promover un ERE, lo que no han acreditado de ningún modo, aunque les correspondía la carga de la prueba.

f. - El sexto del expediente administrativo, que obra en el procedimiento.

g. - El séptimo del documento 5 del expediente administrativo (descripción NUM000), en el que aparece claramente la fecha de salida citada, aunque no consta fecha de notificación.

h. - El octavo de las cartas citadas, que obran como documentos 4 y 5 de los demandantes (descripciones 74 y 75 de autos), que fueron reconocidas de contrario.

i. - El noveno del escrito de recurso citado, que obra como documento 1 de los demandantes (descripción 2 de autos), en cuyo sello aparece nítidamente la fecha citada.

j. - El undécimo de la declaración testifical de don Jesús Ángel, que tiene crédito para la Sala, aunque fuera el responsable de la decisión, puesto que es indiscutible que la otra administrativa fue quien se ocupó del trabajo de las dos durante el período de tramitación del despido y la situación de IT de la demandante. - El citado señor fue quien admitió que la actora era más antigua que su compañera.

k. - El duodécimo de la declaración citada, así como del documento 13 de la demandada (descripción 91 de autos), que fue reconocido de contrario, del que se deduce inequívocamente que el actor realizaba funciones de dependiente desde la fecha indicada.

**TERCERO** . - Aclarado que los demandantes no reclaman a la Administración la indemnización complementaria de 12.020, 25 euros por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales, reclamándose únicamente a las empresas demandadas, se hace evidente que no estamos ante una reclamación patrimonial contra la Administración del Estado, por lo que nos vemos obligados a declarar nuestra competencia para conocer del presente litigio, a tenor con lo dispuesto en el art. 8 LRJS.

**CUARTO** . - El plazo de interposición del recurso de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 159.2 LRJS, en relación con el art. 115 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es de un mes, si el acto es expreso, lo cual ha sucedido aquí.



Las empresas demandadas y la propia Abogada del Estado defienden la inadmisibilidad de la demanda, a tenor con lo dispuesto en el art. 151.9 LRJS , porque los demandantes interpusieron fuera de plazo sus recursos de alzada, sin que podamos convenir, de ningún modo, con dicha alegación, puesto que se ha acreditado que la resolución de la DGESS de 10-01-2012 tuvo salida de dicho organismo el 18-01-2012, de manera que, aunque los actores hubieran tenido conocimiento de la misma en la fecha de salida, lo que se antoja imposible, interpusieron sus recursos de alzada el 16-02-2012, cuando no había transcurrido el plazo legalmente establecido, por lo que desestimamos íntegramente dicha excepción.

**QUINTO** . - Los demandantes solicitan la nulidad parcial de las resoluciones impugnadas, aunque no discuten la concurrencia de causas económicas y organizativas del despido colectivo, ni cuestionan tampoco la adecuación de las causas a la medida empresarial, autorizada por la Autoridad Laboral. - No cuestionan tampoco, que el período de consultas se ajustara a lo dispuesto en el art. 51.2 ET , en relación con lo dispuesto en el art. 11 RD 801/2011, de 10 de junio .

Fundamentan su pretensión, en que los criterios de selección, convenidos en el período de consulta y autorizados administrativamente, vulneraron su derecho a la indemnidad, puesto que su inclusión entre los afectados constituye represalia directa contra el ligitio, referido en el hecho probado segundo, en el que la señora Adoracion fue demandante y el señor Patricio actuó como testigo. - Las empresas demandadas, apoyadas por la Abogada del Estado, se oponen a dicha queja, por cuanto la inclusión de los demandantes fue pactada, al igual que las de los restantes afectados, en el preacuerdo, alcanzado el 21-12-2011 que, una vez refrendado en asamblea, dio lugar al acuerdo definitivo, suscrito el 28-12-2011.

Subrayaron, además, que se eligió a la demandante en vez de a la otra administrativa, que prestaba servicios en el centro de trabajo de Cornellá/Tarrasa, porque dicha trabajadora demostró una mayor capacidad, como prueba que se ocupara de su propio trabajo y el de la demandante desde el 7-04-2011 hasta su readmisión, concurriendo, por consiguiente, razones sólidas y proporcionadas, que destruyen cualquier indicio de discriminación como consecuencia del ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, así como por el ejercicio de sus derechos de conciliación entre su vida profesional, personal y familiar.

Defendieron, del mismo modo, que la inclusión del señor Patricio no traía causa en su papel en el juicio de la otra demandante, como prueba que no se afectó a los demás trabajadores, que intervinieron como testigos en dicha vista. - Añadieron, además, que el trabajador, que queda en el almacén, actuaba como coordinador del mismo, siendo razonable, por consiguiente, que se afectara al trabajador de menor nivel y menor antigüedad en la empresa.

Así pues, nuestra resolución debe dar por válida la concurrencia de causas, su adecuación a la medida tomada y el período de consultas concluido con acuerdo, que dio lugar a la autorización de 120 puestos de trabajo, que incluía seis puestos de trabajo en el centro de Cornellá/Tarrasa, donde prestaban servicios los demandantes. - Nos pronunciaremos únicamente sobre la vulneración del derecho de indemnidad de ambos demandantes, así como sobre la vulneración del derecho de igualdad de la señora Adoracion , quien denunció que su inclusión en el listado de afectados trajo causa en el ejercicio de sus derechos de conciliación entre su vida profesional, personal y familiar.

**SEXTO** . - La garantía de indemnidad, asegurada por el art. 24 CE , ha sido estudiada por la doctrina constitucional, por todas STC 6/2011 , EDJ 2011/10223, en los términos siguientes:

*" Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad , lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril, FJ 2 EDJ2004/23384 ; 87/2004, de 10 de mayo , FJ 2 EDJ2004/25771 ; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3 EDJ2005/11555 ; 144/2005, de 6 de junio, FJ 3 EDJ2005/67809 ; y 125/2008, de 20 de octubre , FJ 3 EDJ2008/196679 ).*

*En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce, en primer lugar, en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos ( SSTC 14/1993, de 18 de enero , FJ 2 EDJ1993/181 ; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3 EDJ2005/11555 ; y 138/2006, de 8 de mayo , FJ 5 EDJ2006/80231 ), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de*



los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [ artículo 24.1 CE EDL1978/3879 y artículo 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores EDL1995/13475 ].

Es preciso aclarar, sin embargo, que dicha tutela, característica de la garantía de indemnidad , consistente en la prohibición constitucional de represalias como las descritas, no agota la cobertura de esa vertiente del derecho fundamental. En efecto, además de las decisiones empresariales que vengan perfiladas por un ánimo o motivación de reacción contra el ejercicio previo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, actúa asimismo la tutela cuando, aun no existiendo dicho propósito, concurre un perjuicio que quede objetiva y causalmente vinculado al mismo. Y es que, como hemos dicho, en el caso concreto en relación con el derecho a la huelga, no resulta admisible que se niegue "la vulneración del derecho fundamental alegado sobre la base de la falta de intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues, como hemos declarado en anteriores ocasiones, la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma ( SSTC 11/1998, de 13 de enero , FJ 6 EDJ1998/11 ; 124/1998, de 15 de junio , FJ 2 EDJ1998/6495 ; 126/1998, de 15 de junio , FJ 2 EDJ1998/6502 ; 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4 EDJ2001/53273 ; y 66/2002, de 21 de marzo , FJ 3 EDJ2002/4815 )." ( STC 80/2005, de 4 de abril , FJ 5 EDJ2005/37140).

En esta segunda hipótesis será preciso, para considerar afectado el derecho fundamental, que concurren dos elementos, a saber: la conexión causal de la medida empresarial y el ejercicio del derecho de referencia y la existencia de un perjuicio laboral para quien lo ejercitó. En otras palabras, habrá también lesión si, por razón exclusiva del ejercicio del derecho, se causa un perjuicio efectivo y constatable en el patrimonio jurídico del trabajador.

En suma, el artículo 24.1 CE EDL1978/3879 en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva.

Por tanto, como la vulneración del artículo 24.1 CE EDL1978/3879 puede producirse en ese doble plano (lesiones intencionales y lesiones objetivas contrarias a la garantía de indemnidad) el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el primer ámbito (voluntad de represalia) pues, de quedar descartada la lesión desde ese prisma, será preciso adicionalmente ponderar y valorar el derecho fundamental en juego examinando si se ha causado un daño al patrimonio jurídico del trabajador, aunque no se aprecie ánimo lesivo".

La jurisprudencia, por todas STS 13-03-2013 , rec. 1072012, ha sintetizado los supuestos de discriminación directa o indirecta, causadas a las mujeres trabajadoras, en los términos siguientes:

**" Ciertamente, la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo ( SSTC 145/1991, de 1 de julio EDJ1991/7121 ; 147/1995, de 16 de octubre EDJ1995/5507 ; 198/1996 de 3 de diciembre EDJ1996/9919 ). Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de las trabajadoras (por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska ; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz EDJ 1991/22570 ; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel EDJ1992/13973 , o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez EDJ 1999/99 ).**

Por lo demás, conviene recordar que, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones en relación con las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como "la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones" ( STC 109/1993, de 25 de marzo EDJ1993/2982 , Fj 6); y que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él" ( STC 128/1987, de 16 de julio EDJ1987/128 . Fj 10). "



Parece claro, por consiguiente, que el derecho de indemnidad de los trabajadores les protege contra cualquier consecuencia negativa, que traiga causa en el ejercicio de su legítimo derecho a la tutela judicial efectiva. - De la misma manera, el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida profesional, personal y familiar, reconocidos en el art. 37 ET, no puede producir ninguna discriminación directa o indirecta para las trabajadoras que se acojan a los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 CE, 17.1 ET y 6, 8 y 9 LO 7/2007.

Debemos despejar, a continuación, si la señora Adoracion ha acreditado indicios razonables de vulneración de su derecho a la indemnidad, así como a la no discriminación por el ejercicio de su derecho a reducción de jornada para cuidado de hijo y si la respuesta es positiva, deberemos comprobar si las empresas demandadas aportaron una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas aportadas y su proporcionalidad, como exige la jurisprudencia, por todas STS 21-01-2013, rec. 57/2012.

La Sala considera que concurren sobrados indicios de vulneración de ambos derechos fundamentales, por cuanto se ha acreditado que la actora fue víctima de un despido, que se declaró nulo en sentencia firme por vulneración de sus derechos fundamentales, en concreto el derecho de igualdad y no discriminación por la reducción de jornada por cuidado de hijo, habiéndosele incluido prácticamente sin solución de continuidad, desde su reincorporación a la empresa después de ser dada de alta de su situación de IT, aunque mantuvo reducida en 1/8 parte su jornada de trabajo, en el despido colectivo, sin que la atenta lectura de la memoria, así como de los debates en las actas del período de consultas, contenga la más mínima mención a las razones por las que se incluía a la demandante, siendo revelador que la empresa admitiera y ratificara don Jesús Ángel, que la decisión la tomó unilateralmente el citado señor tras la conclusión con acuerdo del período de consultas.

Despejado el primer interrogante, debemos comprobar si las empresas demandadas cumplieron sus cargas probatorias, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa. - Nuestra conclusión ha de ser necesariamente negativa, porque se "premió" a la trabajadora más moderna en la empresa, como admitió el propio señor Jesús Ángel, por cuanto dicha señora demostró su mayor eficacia, al haberse hecho cargo del trabajo de la demandante y de su propio trabajo, puesto que dicha afirmación permite concluir precisamente que se incluyó a la demandante por el ejercicio de los derechos controvertidos, ya que si no hubiera sido despedida por el ejercicio de su derecho fundamental, acreditado por sentencia firme, nadie tendría que haber hecho su trabajo durante la tramitación del despido, porque lo habría hecho la señora Adoracion. - Por la misma razón, si la demandante no hubiera ejercido su derecho a la reducción de jornada para el cuidado de sus hijos, nadie tendría que haber hecho su trabajo durante ese tiempo, ni nadie podría poner en cuestión su eficiencia, por la sencilla razón de que no habría ejercido su derecho fundamental a la igualdad por razón de sexo, asegurado en el art. 14 CE, en relación con el art. 37 ET y los arts. 6, 8 y 9 LO 7/2007, de 23 de marzo, siendo precisamente el ejercicio libre de dichos derechos, lo que se pretende proteger por las normas citadas.

Dicha conclusión no comporta en absoluto, que una trabajadora, que haya sido objeto de un despido nulo por vulneración de sus derechos fundamentales, quede blindada indefinidamente para la extinción de su contrato de trabajo, especialmente cuando la extinción se basa en causas objetivas, como sucede en las empresas demandadas, pero se exige que la empresa afine las razones de la nueva extinción, lo cual no ha sucedido aquí, puesto que su supuesta menor eficiencia con respecto a su compañera, trae causa precisamente en el ejercicio de sus derechos fundamentales y en las consecuencias que provocó dicho ejercicio, ya que dicha justificación refuerza claramente, a nuestro juicio, la relación causa-efecto entre el ejercicio previo de derechos fundamentales, consagrados en los arts. 24 y 14 CE, y la nueva medida extintiva.

Por consiguiente, acreditados con claridad indicios de vulneración del derecho a la indemnidad de la demandante, así como a su derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo, debemos declarar la nulidad de su despido, por lo que anulamos parcialmente las resoluciones recurridas, condenando a las empresas demandadas a su readmisión, así como al abono de los salarios de tramitación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 151.11 LRJS.

**SÉPTIMO** . - Procede precisar, a continuación, si el señor Patricio acreditó indicios de vulneración de su derecho a la indemnidad, como le exige el art. 181.2 LRJS, a lo que adelantamos una respuesta negativa, aunque sea cierto que el citado señor acudió como testigo al juicio de la demandante, porque no es menos cierto que acudieron otros dos compañeros, sin que se haya probado que fueran afectados por el despido, lo que permite descartar, en primera instancia, que haya una relación causa-efecto entre su participación como testigo en un juicio celebrado el 1-07-2011 y su despido, producido el 20-01-2012, sin que durante dicho interregno se haya probado, o intentado probar, cualquier preterición del demandante.

Por lo demás, la empresa demandada ha probado, que el puesto de trabajo del señor Patricio era objetivamente más prescindible que el del otro almacenero, que presta servicios en la empresa, puesto que dicho trabajador, además de ser más antiguo que el demandante, actúa también como coordinador, que puede realizar objetivamente el trabajo de ambos, como demuestra que el 1-01-2011 el demandante pasara a realizar





funciones de dependiente B, acreditando, de este modo, que sus funciones como almacenero eran claramente amortizables. - Consecuentemente, debemos confirmar las resoluciones recurridas en lo que afecta al citado trabajador.

**OCTAVO** . - La demandante reclama, al igual que su compañero, una indemnización de 12.020, 25 euros, por daños morales, utilizando como criterio de cuantificación la cantidad prevista para las faltas muy graves en los arts. 11 , 12 y 40.c RDL 5/2002 .

La jurisprudencia, por todas STS 15-04-2013, rec. 1114/2012 , ha estudiado las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales, que han causado daño moral a los afectados, del modo siguiente:

*"Procede entonces que esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo entre a conocer del fondo del asunto planteado en la manera ya dicha, partiendo para ello del inmediato precedente al que se ha hecho antes referencia, que es nuestra STS de 11 de junio de 2.012 (recurso 3336/2011 ), aclarada por auto de 2 de octubre de 2.012, en la que se resolvió una pretensión similar de otro afiliado al Sindicato demandado que se vio afectado por los coetáneos hechos que de describen en el relato fáctico de la sentencia de instancia, transcritos en otra parte de esta resolución.*

*En esa sentencia se recuerda que "... no puede obviarse que desde que la STS/Iª 06/12/1912 dio carta de naturaleza al daño moral, el mismo siempre se ha ubicado en la exégesis de la amplia fórmula «reparar el daño causado» utilizada por el art. 1902 CC (bajo la idea de impacto o sufrimiento psíquico/espiritual que en el interesado puede producir la vulneración de ciertos derechos), y que como daño que es también ha de ser objeto de prueba, lo mismo que el daño material, sin que surja de manera automática. Y sin perjuicio de las consecuencias que en este orden probatorio de que tratamos la Sala pueda deducir de la nueva regulación -que en principio parece más flexible- contenida en los arts. 179.3 y 183.2 LRJS , en la vigente doctrina de la Sala se mantiene, superada la tesis de la «automaticidad de la indemnización» ( SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92 ; y 08/05/95 -rco 1319/94 ), que la prueba de la violación del derecho no determina automáticamente la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios , sino que es precisa la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo, y que los mismos resulten acreditados ( SSTS 22/07/96 -rco 3780/95 -; 24/10/08 -rcud 2463/07 -; 06/04/09 -rcud 191/08 -; 24/06/09 - rcud 622/08 -; y 09/03/10 -rcud 4285/08 -)".*

*En esa doctrina se sostiene reiteradamente que lo establecido en los arts. 15 LOLS y 180.1 LPL «no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase» ( STS 22/07/96 -rco 7880/95 -).*

*...Aplicando entonces la anterior doctrina al caso, al igual que hizo ésta Sala en el caso precedente que venimos citando, procede recordar en primer término que las «bases» o «indicios» a que nos venimos refiriendo, cuya realidad y alcance ha de acreditar quien reclama indemnización por daño moral, no van referidos al importe del resarcimiento sino a la exclusiva existencia y entidad del daño moral sufrido. En segundo lugar, se dice en aquella sentencia, "... no todo sufrimiento psicofísico derivado de la vulneración de un derecho necesariamente engendra un daño moral indemnizable, pues en principio ... no lo produce en general el incumplimiento de un derecho consagrado por norma ordinaria".*

*Desde esa perspectiva jurisprudencial, en el presente caso ha de afirmarse que, como propone el Ministerio Fiscal en su informe, resulta impropio la indemnización de 12.000 euros fijada por la sentencia recurrida porque, como antes se vio con detalle, no se han proporcionado elementos objetivos en la demanda de los que pueda extraerse el daño moral que a la actora le hubiera producido la disolución de la Comisión Ejecutiva Provincial, y el hecho derivado de ello de que se le impidiese acreditarse y acceder como Delegada al XI Congreso de UGT en Huelva, al Congreso FSP UGT Andalucía y FSP Huelva, celebrados todos ellos en el año 2.009. Sobre éste punto ya se ha visto que la sentencia recurrida reconoce que la demandante no determina los parámetros para fijar los daños morales en 40.000 euros, pero no obstante, por resultar "más adecuada" se fija una indemnización menor de 12.000 euros, sin detalle alguno explicativo y en indebida sustitución de la actividad alegatoria y probatoria que correspondía indudablemente a la actora. En consecuencia, la sentencia recurrida ha llevado a cabo aplicación indebida del principio de «automaticidad» indemnizatoria, con infracción de la doctrina jurisprudencial citada, del artículo 180.1 LPL y 15 de la LOLS , lo que determina la necesidad de casar y anular la sentencia recurrida en el único punto relativo a la indemnización fijada por daños morales, manteniéndose por tanto la condena relativa*



*a la vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical. En el punto relativo a la indemnización, entonces, se desestima el recurso de suplicación formulado por la demandante en su día y se mantiene el pronunciamiento desestimatorio de la demanda que sobre ello se llevó a cabo en la sentencia de instancia. Sin costas ( art. 233.1 LPL )" .*

Parece claro, por tanto, que es presupuesto, para la indemnización por daños morales, que se haya precisado, de algún modo, en qué ha consistido el daño moral, que no puede presumirse por el mero hecho de la vulneración de los derechos de indemnidad e igualdad, lo que no ha sucedido aquí, por lo que desestimamos dicha pretensión, porque no es posible calcular, siquiera prudencialmente, como exige el art. 183.2 LRJS , la cuantía del daño, si la afectada no nos precisa mínimamente en qué modo y manera ha sufrido daños morales, ni ha probado, ni intentado probar, alguna de las manifestaciones propias del daño moral, por cuanto la vulneración de derechos fundamentales no provoca automáticamente, ni tampoco uniformemente, los mismos daños morales a los afectados.

Sin costas por tratarse de un proceso colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Estimamos parcialmente la demanda de impugnación de actos administrativos, promovida por DOÑA Adoracion y anulamos parcialmente la resolución de la DGESE de 10-01-2012, confirmada por la resolución del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 7-06-2012, declarando la nulidad del despido de la citada señora por lo que condenamos a la SUBDIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO E INMIGRACIÓN DEL MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN y a las empresas AUTOBAR SPAIN, SA y SERVENTA a estar y pasar por dicha anulación parcial, por lo que las empresas citadas deberán readmitir a la demandante en las mismas condiciones anteriores al despido con más los salarios de tramitación, absolviéndole de los restantes pedimentos de su demanda.

Desestimamos la demanda de impugnación de actos administrativos, promovida por DON Patricio , por lo que confirmamos las resoluciones recurridas en lo que a él afecta y absolvemos a la SUBDIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO E INMIGRACIÓN DEL MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN y a las empresas AUTOBAR SPAIN, SA y SERVENTA de los pedimentos de su demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de las partes o de su abogado, graduado social colegiado o representante, al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000210 12.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.