



Roj: **STSJ CL 461/2015 - ECLI: ES:TSJCL:2015:461**

Id Cendoj: **47186340012015100211**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2015**

Nº de Recurso: **1980/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MANUEL MARIA BENITO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 00206/2015

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax: 983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2013 0005250

402250

RECURSO SUPPLICACION 0001980 /2014

Procedimiento origen: DERECHOS FUNDAMENTALES 0001264 /2013

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

DEMANDANTE/S D/ña Tamara

ABOGADO/A: JAVIER MARIJUAN IZQUIERDO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: **TELEFONICA DE ESPAÑA** S.A.U.

ABOGADO/A: JOSE MARIA BLANCO MARTIN

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Recurso 1.980/14

Ilmos. Sres.:

D. Gabriel Coullaut Ariño

Presidente de la Sala

D. Manuel M^a Benito López

D. Juan José Casas Nombela /

En Valladolid a cinco de febrero de dos mil quince



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1980/14 interpuesto por D^a Tamara contra la Sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Valladolid de fecha 30 de mayo de 2014, recaída en autos nº 1264/13, seguidos a virtud de demanda promovida por precitada recurrente contra **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.**, sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON Manuel M^a Benito López.

ANTECEDENTES DE HECHO

primero.- Con fecha 10-12-13, procedente de reparto, tuvo entrada en el Juzgado de lo Social 3 de Valladolid demanda formulada por D^a Tamara en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia desestimando referida demanda.

Segundo.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes: "PRIMERO.- La actora presta sus servicios por cuenta de la empresa demandada con las siguientes especificaciones:

Contrato de trabajo indefinido

Jornada laboral: a tiempo completo

Categoría profesional:

Hasta junio de 2013: Grupo V, Asesora Comercial P 2, Nivel V, responsable de ventas 3 sénior.

Desde junio de 2013: Grupo V, Asesora Comercial, Nivel VI, responsable de ventas 3 entrada.

Salario: 3.425,70 €/mes

Antigüedad en la empresa: mayo de 2004

SEGUNDO.- La empresa se encuadra en el sector de telecomunicaciones y regula sus condiciones laborales mediante convenio colectivo propio. TERCERO.- La actora lleva realizando sus funciones en el departamento comercial de la empresa desde el inicio de su relación laboral de la empresa. CUARTO.- La actora ostenta la condición de representante de los trabajadores y ha sido nombrada Delegada Sindical del Sindicato Confederación General del Trabajo desde el mes de octubre de 2012. QUINTO.- La actora interpuso demanda judicial por vacaciones por la disconformidad mostrada con el calendario vacacional establecido por la empresa y que, a su juicio, infringía lo dispuesto en la normativa laboral e la empresa en fecha 12-22013. El Juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid dictó sentencia estimatoria de la demanda el cinco de junio de 2013. SEXTO.- Tras la celebración del juicio la actora recibió una carta de la empresa fechada el 18 de junio de 2013 en la que se le comunicaba lo siguiente: "Por aplicación de lo previsto en la Cláusula 5 del Convenio Colectivo sobre Carrera Comercial y apartado 6 del Acuerdo de Rediseño de Carrera Comercial, una vez analizados los resultados de consecución de objetivos que has tenido durante el último ejercicio comercial completo, y habiendo analizado y valorado las circunstancias que concurren en tu caso, te comunico que procede tu encuadramiento en un nivel inferior de Carrera Comercial a la que venías ostentando. En consecuencia, y con efectividad de 1 de junio de 2013, quedarás adscrita en un nivel inferior de Carrera Comercial como RV-3, en el nivel de ENTRADA, dentro del segmento de EMPRESAS». SÉPTIMO.- La involución en la Carrera Comercial se halla prevista en el Convenio Colectivo de la empresa en la redacción contenida por el acuerdo de la Comisión de Negociación Permanente de dicho convenio de 18 de diciembre de 2012 con el siguiente tenor literal: Desarrollo de Carrera Comercial (Evolución e Involución): Partiendo de que la finalidad de todas las Carreras Profesionales es conseguir el máximo potencial de las personas, diseñándose en sentido ascendente, el presente modelo de Carrera Comercial debe permitir dotarnos de mayor dinamismo y flexibilidad. De un lado, el Negocio dispondrá de mecanismos que le permitan dar respuesta ágil y eficiente a las necesidades de los clientes y a la estrategia empresarial, y por otro el profesional adscrito a Carrera Comercial que por su nivel de contribución a resultados y por su desempeño profesional, dispondrá con este Modelo de mayores palancas para acelerar su trayectoria. Para conseguir estos objetivos de evolución y favorecer dicha rotatividad y crecimiento profesional, es necesario partir de las siguientes premisas: Existencia de vacantes en los diferentes niveles de la carrera (por crecimiento y/o derivado de la gestión de las involuciones por no cumplimiento de los objetivos previstos en los PIC durante un período de 12 meses). Cumplimiento del Nivel Competencia! requerido para japosición (Puesto/Nivel). Cumplimiento de Objetivos en el último año. Mínimo de 2 años de Experiencia en Ventas. Consolidación de 2 años en el nivel para poder evolucionar dentro del mismo Segmento, con la excepción de los RV3 Base expuesta en el punto 5. Consolidación, con carácter



general, de un mínimo de 3 años para cambiar de Segmento. Se mantienen los mismos criterios de evaluación y ponderación que son: 60 % Cumplimiento del PIC de los 2 últimos años. 30 % Competencias: Se procede a la simplificación de los perfiles competenciales reduciendo el número de parámetros a evaluar, con la finalidad de obtener un alineamiento a las necesidades del negocio, del cliente y las nuevas tecnologías de información y comunicación. Con carácter general se procurará que el proceso de evaluación de competencias se realice dentro del primer trimestre, con la finalidad de acercarlo al proceso de evolución. JO% Formación y experiencia: Ligada al puesto de trabajo y el Area de Negocio: La no consecución de los objetivos comerciales asignados en un período de 12 meses (un ejercicio comercial completo) determinará el encuadramiento del profesional en un nivel inferior de la Carrera comercial. Sin perjuicio de lo anterior, la Empresa asume el compromiso de revisar los antecedentes y trayectoria del vendedor antes de proponer la involución. Asimismo con el objetivo de dotar de mayor dinamismo a este Modelo de Carrera Comercial, la Dirección de la Empresa asume el compromiso de que cada involución genere una nueva vacante que posibilite la evolución y desarrollo de otros vendedores, procurando que la misma se dote en el centro o provincia donde se haya producido la involución. OCTAVO.- Que la actora presta sus servicios integrada en un equipo de 10 personas de las que 8 no han llegado al objetivo del 80%, si bien se ha acreditado que dicha circunstancia no tiene relación con el número de clientes asignados pues estos pueden ser unitariamente menos pero abarcar más actividad comercial. NOVENO.- Que la actora estuvo de baja durante aproximadamente un mes en 2012, ha realizado cursos de formación en dicha anualidad y dedica parte de su tiempo a su actividad sindical, si bien todas estas cuestiones se valoran para ponderar si llega o no a la media del 80 %. DECIMO.- Que la actora fue visitada en octubre de 2012 por D. Raúl Gutiérrez (Jefe de Recursos Humanos de la entidad demandada en Castilla y León) para advertirla que sus resultados eran malos. UNDÉCIMO.- Que las evoluciones e involuciones de la empresa se establecen una vez al año y se debaten en una reunión entre la empresa y los representantes de los trabajadores, habiendo propuesto la empresa para el año 2013 inicialmente (y partiendo de que era posible involucionar a 1.156 comerciales que no llegaban al 80% del PIC) 227 involuciones que, finalmente, quedaron reducidos a 75, entre ellos la actora. DUODÉCIMO.- Que si bien es cierto que 8 de las 10 personas que forman equipo con la actora han podido involucionar y finalmente solo lo ha hecho la actora no es menos cierto que dos de ellos no se les podía tener en cuenta al haberse incorporado recientemente a su puesto de trabajo (por lo que no se podía comparar su actividad con años anteriores) y ,por otra parte ,no han involucionado personas con menos porcentaje que la actora ni otros con mayo porcentaje que ella pero que tampoco han llegado al 80 %. DECIMOTERCERO.- Que existen multitud de quejas de clientes respecto de la actividad comercial de la actora. DECIMOCUARTO.- Que no está acreditado que se le hayan disminuido dos niveles salariales la actora, habiéndose sustituido un plus de 186,67 e mensuales por otro de 120,20 €.-

Tercero.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha Sentencia por la actora, fue impugnado por la demandada. Elevados los autos a esta Sala se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Desestimada demanda sobre tutela de derecho de derechos fundamentales, recurre en suplicación la actora, articulando, con amparo en el art. 193 b) LRJS , un primer motivo, subdividido en 7 apartados, con el que pretende la revisión de diversos particulares fácticos. En concreto interesa:

Se adicione al hecho quinto que la demanda por vacaciones fue interpuesta por la actora el 12-2-13 y el juicio se celebó el 30 de mayo siguiente, lo que resulta justificado por la documental que cita.

Se añada al hecho séptimo que el rediseño de la carrera comercial en Telefónica fue aprobado por acuerdo publicado en BOE de 13-2-13 y con entrada en vigor el 1-1-13, así como que en dicho nuevo modelo las involuciones pueden producirse por la no consecución de objetivos comerciales en un periodo de 12 meses (un ejercicio comercial completo) mientras en el anterior lo era durante un periodo de 18 meses, lo que igualmente resulta justificado por la documental que invoca.

Se adicione al hecho octavo que la empresa Telefónica envió el 8-4-13 el ranking definitivo "viaje anual incentivos 2012" en el que la actora figura en el puesto 12 a nivel nacional con un rendimiento ponderado del 74,88%, puntuación superior a la de 4 compañeros de la oficina de Valladolid, lo que efectivamente así resulta del citado ranking publicado desde la Dirección de Gestión de Clientes de Telefónica.

Se añada al mismo ordinal octavo que de los datos ofrecidos por la empresa se desprende que en 2011 la actora tuvo un cumplimiento medio ponderado del 81,805 (media de los semestres de 73,77% y 89,92%) y en 2012 del 64% (media de los dos semestres de ese anualidad) y que en la misma hubo 3 comerciales de su oficina por debajo de sus resultados, así como que la trabajadora que ha sido evolucionada alcanzaba una media ponderada en 2012 del 81,50%. Pues bien tales particulares resultan ciertamente de la documental que



cita, con la única precisión acaso de que no consta la fecha en que fue evolucionada la trabajadora a que alude (cuyos resultados por cierto en 2013 superan en mucho los del año anterior).

Se adicione al hecho undécimo que en la oficina de Valladolid sólo ella ha sido involucionada, lo que resulta innecesario al tener ya reseña en el siguiente.

La supresión que interesa del hecho decimotercero no se justifica en prueba hábil que evidencie error en lo que en el mismo se consiga, no siéndolo la mera invocación de inexistencia de prueba suficiente que justifique las múltiples quejas que se asevera ha tenido de clientes, ni la valoración crítica que hace de unos correos en que constan tales quejas que, al margen poderse cuestionar fueran multitud, no dicen otra cosa como pretende.

En fin interesa se sustituya la redacción del hecho decimocuarto por otra que diga que en el nuevo modelo de carrera, en el grupo de ventas 3, existen 4 niveles (master, senior, base y entrada) y que su involución lo ha sido desde el nivel senior al de entrada, habiéndose minorado el plus de 186,67 euros por otro de 120,20 euros. Pues bien lo relativo a la existencia de 4 niveles ciertamente figura así en el documento de carrera comercial, la involución del nivel senior al de entrada ya se recoge en el hecho primero, y la minoración en la cuantía que señala del plus es la misma afirmada en cuestionada ordinal por el Juzgador.

SEGUNDO.- En el siguiente motivo, con amparo ahora en el apartado c) del arte 193 de la ley 36/2011, denuncia la infracción de los art. 14, 24 y 28 C.E, así como del art. 12 Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, y el Convenio Colectivo de Telefónica (cláusula 5ª sobre carrera comercial), motivo que va a ser estimado.

En síntesis, el Juzgador de instancia desestima la demanda planteada (tutela de derechos fundamentales) por entender que no existe relación entre la involución de la actora y su condición de representante de los trabajadores y delegada sindical y la reclamación judicial que presentara contra la empresa por el hecho de que la involución ha afectado a más trabajadores en la empresa, la existencia de quejas contra ella y no haber probado que se hubiera involucionado a más trabajadores del sindicato a que está afiliada.

Más de lo que se da por probado, incluidas las revisiones fácticas operadas, no podemos sino coincidir con la recurrente en la existencia de un panorama indiciario de discriminación en relación con su actividad sindical o representativa y la reclamación judicial que planteara a la empresa. Y para ello se parte de que ha sido la única involucionada de su equipo en Valladolid, equipo ese compuesto de 10 personas de las que 8, incluida la actora, no han llegado al objetivo del 80% y eran susceptibles de ser involucionadas, es más algunos de ellos tenían peor resultado que la actora. A lo que se une su condición de representante de los trabajadores y delegada sindical de CGT desde octubre de 2012, así como que en febrero de 2012 habría presentado una demanda contra la empresa por disconformidad con el calendario vacacional, estando en curso el proceso cuando (el 30-5-13, curiosamente la misma fecha de celebración de ese juicio, en que recayó sentencia estimatoria el 5 de junio siguiente) se decide su involución, que se le notifica el 18 de junio. Lo que constituye sin duda indicios bastantes que generan una razonable sospecha, apariencia o presunción de discriminación profesional y salarial por motivos sindicales y la reclamación que planteara como para que se exija a la empresa que justifique debidamente que su decisión nada tuvo que ver con ello. Recordemos que el art 181.2 LRJS indica que: «... en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad...». Y lo cierto es que la empresa ninguna ha aportado que desligue clara y terminantemente su decisión de cualquier propósito o intención atentoria o represaliante de la actora por el ejercicio de aquellos derechos. No bastando desde luego el que la involución haya afectado asimismo a otros 74 trabajadores a nivel nacional, cuando, a más de no constar sus circunstancias, habrá que particularizar en todo caso cada supuesto, tampoco el que no hubiera alcanzado el 80% del PIC, como por cierto otros 1155 comerciales de los que finalmente la empresa propone y decide involucionar sólo a 75, explica porque la selecciona a ella, ni lo que es más importante porque es la única afectada de su equipo cuando 8 de las 10 personas que lo componen tampoco alcanzan esos objetivos y, es más, algunos de ellos tienen incluso peores resultados, ni tiene desde luego relevancia justificativa alguna la visita que se dice realizó en octubre de 2012 el jefe de recursos humanos para advertirla de que sus resultados eran malos, cuando los de otros componentes del equipo eran aún peores y no se les involuciona, siendo además dicha visita anterior a la firma y entrada en vigor del mencionado acuerdo de carrera profesional, ni las quejas que se asevera habidas de clientes respecto de la actividad comercial de la actora, cuando en la comunicación de la empresa de 18 de junio de 2013 se alude únicamente a resultados de consecución de objetivos en el último ejercicio comercial completo, que no a quejas, que en todo caso, de haber valorado la empresa conjuntamente con aquel resultado, debería haberlo explicitado, lo que no hizo, y no sólo eso sino, de querer presentarlo como elemento relevante diferenciador, probar en su caso que sus otros compañeros no las habitan tenido o lo habían sido en menor medida, siendo, en fin, que el que no se acredite que se haya involucionado a otros afiliados al sindicato (CGT) al que pertenecía la actora no presupone sino eso y no excusa a la empresa de justificar debidamente que su decisión nada tuvo que ver con la "personal"



actividad sindical y representativa desplegada por la misma y la reclamación judicial que le planteara, lo que, a juicio de la Sala, no hace.

TERCERO. - Debe por todo ello ser estimado el recurso, y por ende en su integridad la demanda, incluidas las consecuencias económicas que reclama. En efecto, la cuestión relativa a decidir si dentro del proceso de tutela de derechos fundamentales cabe resolver únicamente la cuestión relativa a la infracción del concreto derecho constitucional que se denuncia, o si, por el contrario tiene cabida en el mismo una acción de reparación o de indemnización de los daños y perjuicios derivados de aquella infracción, ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo a la luz de las previsiones contenidas en el art. 180 de la anterior LPL (actual art 182 LJS), cual puede apreciarse en las sentencias de 14 de julio de 1993 (RJ 1993\5678) (Rec.-3354/1992), 8 de mayo de 1995 (RJ 1995\3752) (Rec.-1319/1994) y 20 de enero de 1997 (RJ 1997\620) (Rec.-2059/96), todas ellas en el sentido de entender, en palabras de la sentencia de 1993 que «la acción de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales tiene sin duda un contenido complejo ordenado al "cese inmediato del comportamiento antisindical", a "la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo", y a "la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera". Como consecuencia de ello, la sentencia que pone fin a este proceso especial será normalmente, si se reconoce lesión de derecho fundamental, una sentencia declarativa y de condena, en la que, como ha dicho la doctrina científica, se lleva a cabo al mismo tiempo una tutela inhibitoria respecto del acto lesivo de la libertad sindical, una tutela restitutoria o de reposición del derecho vulnerado, y en su caso una tutela resarcitoria de los daños producidos al trabajador o trabajadores afectados»; aceptando, en consecuencia, dentro del ámbito de la acción de tutela la reparación de las negativas consecuencias económicas directamente derivadas de la infracción de derecho fundamental. Esta acción compleja permite, por lo tanto, incluir dentro de su contenido la condena al pago de las diferencias salariales directamente derivadas del atentado al derecho de libertad sindical y tutela judicial efectiva (indemnidad) de la demandante en las presentes actuaciones como puede deducirse de lo antes indicado, por lo que procederá reconocer a favor de dicha accionante el abono de las diferencias reclamadas, cuya cuantía por demás no se cuestiona, puesto que no estamos en presencia de una acumulación indebida de dos acciones separadas, sino ante la actualización del contenido íntegro de la acción de tutela de aquel derecho fundamental, y también de la indemnización adicional que reclama ex art 183 LRJS (3.000 euros), dado que, como se aduce en el recurso, el desplazamiento injustificado de niveles de la actora - y sólo de ella en Valladolid - es evidente, al margen el perjuicio económico, supone un menoscabo a su dignidad personal y profesional y también a su misma actividad representativa, y se revela por tanto productor de un daño moral, no menor, que ha de ser objeto de indemnización en el importe solicitado, que se considera ponderado dadas las circunstancias concurrentes.

Por lo expuesto, y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación deducido por D^a Tamara contra sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Valladolid de fecha 30 de mayo de 2014 (autos 1264/13), dictada en virtud de demanda promovida por dicha actora contra **Telefónica de España SAU**, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, sobre Tutela de Derechos Fundamentales. **En consecuencia, revocamos la sentencia de instancia, y con estimación de la demanda rectora de autos, declaramos que la decisión de Telefónica de involucrar a la actora desde el 1 de junio de 2013 es radicalmente nula al haber cobijado una situación de discriminación con vulneración del derecho a la libertad sindical y tutela judicial efectiva de la citada trabajadora, ordenamos el cese inmediato de tal conducta y la reposición de la situación al momento anterior a producirse tal conducta discriminatoria, y condenamos a la citada demandada a arrostrar las citadas declaraciones y a reponer a la actora en su anterior categoría y nivel, con abono de las cantidades indebidamente descontadas, fruto de la involución de categoría, y a indemnizarla asimismo con la suma de 3.000 euros .**

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación incorporándose su original al libro sentencias.

Se advierte que contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros**



en la cuenta num. 4636 0000 66 1980-2014 abierta a nombre de la Sección 1 de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Santander, acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso, que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ