



Roj: **STS 6435/2009 - ECLI:ES:TS:2009:6435**

Id Cendoj: **28079140012009100770**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2009**

Nº de Recurso: **3258/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO MARTIN VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 3563/2008,**  
**STS 6435/2009**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Septiembre de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por CORREOS Y TELEGRAFOS, S.A., representado y defendido por el Abogado del Estado D. Emilio Jiménez Aparicio, contra la sentencia dictada en recurso de suplicación, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 27 de junio de 2008 (autos nº 531/2007), sobre DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. Son parte recurrida DOÑA Angelina , DON Carmelo , DOÑA Delia , DON Erasmo y DON Geronimo , representados y defendidos por la Letrada Dña. M<sup>a</sup> Ascensión López López.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Martin Valverde,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2007, por el Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante , entre los litigantes indicados en el encabezamiento, sobre derecho a indemnización por daños y perjuicios.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es el siguiente: "Los actores Angelina , con DNI nº NUM001 , Carmelo , con DNI nº NUM000 , Delia , con DNI nº NUM002 , Erasmo , con DNI nº NUM003 y Geronimo , con DNI nº NUM004 , vinieron prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa CORREOS Y TELEGRAFOS SAE, en virtud de sucesivos contratos temporales, durante los períodos que constan en el escrito de aclaración de demanda presentado el 2-10-07, que aquí se dan por reproducidos. 2.- Con fecha 9-5-04 la empresa demandada dio por finalizados los contratos de trabajo de los demandantes, quienes interpusieron demandas por despido. Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Elche de fecha 1-10-04 se declaró improcedente el despido de Erasmo . Dicha sentencia fue confirmada por la sentencia de fecha 16-2-06 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana , actualmente recurrida por la empresa ante el Tribunal Supremo. El despido de los demás demandantes fue declarado improcedente por la sentencia de fecha 21-2-06 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, también recurrida por la empresa ante el Tribunal Supremo. 3.- Con fecha 13-9-05 los demandantes interpusieron demanda en reclamación de tutela de derechos fundamentales contra CORREOS Y TELEGRAFOS SAE por la exclusión de los mismos de las bolsas de empleo creadas en julio de 1993, demanda que fue desestimada por la Sentencia de fecha 25-11-05 dictada por el Juzgado de lo Social número seis de Alicante , en el procedimiento nº 664/05 y confirmada por la sentencia de fecha 13-6-06 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana . 4.- En



fecha 22-7-2005 la empresa demandada aprobó y publicó la convocatoria para la constitución de bolsas de empleo destinadas a la cobertura temporal de puestos base, a la contratación de personal fijo-discontinuo y al posterior ingreso como personal laboral fijo en Correos, estableciendo en su punto 5,7 como requisitos de los aspirantes no haber sido despedido, ni indemnizado por despido, en Correos y Telégrafos, en los términos fijados por la CIVCA en su reunión de fecha 7-2-2005. 5.- Con fecha 30 de junio de 2006 la empresa hace pública la convocatoria de ingreso de personal laboral fijo y en el punto 4,1 de la convocatoria se fija como requisito que deben reunir los aspirantes "formar parte de las bolsas de empleo destinadas a la cobertura temporal de puestos base que Correos publicó el 27 de abril de 2006 y no haber decaído en éstas, por alguna de las circunstancias que se indican en la convocatoria previa de dichas Bolsas de fecha 22 de julio de 2005. 6.- Los demandantes presentaron solicitud para formar parte de las Bolsas de empleo, siendo excluidos por no cumplir el requisito establecido en el apartado 5,7 de la convocatoria. 7.- La sentencia de 9 de marzo de 2007 dictada por la Sala de lo social del Tribunal Supremo, en casación formulada contra la dictada en proceso de conflicto colectivo por la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2005, declaró el derecho de los trabajadores de la empresa demandada que hayan visto rescindido su contrato con el percibo de una indemnización, sea en proceso por despido, sea en acto de conciliación previo al proceso, a no ser excluidos de la Bolsa de Empleo de la demandada por tal causa, declarando injustificado y contrario al artículo 14 de la Constitución el acuerdo de excluir de la Bolsa de Empleo de la empresa demandada a dichos trabajadores".

El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: "FALLO: Que desestimando la excepción de cosa juzgada y estimando parcialmente la demanda interpuesta por Angelina, Carmelo, Delia, Erasmo, y Geronimo, contra CORREOS Y TELEGRAFOS SAE, debo declarar y declaro que la exclusión de los demandantes de las bolsas de empleo destinadas a la cobertura temporal de los puestos base de acuerdo con la convocatoria de fecha 22 de julio de 2005 vulnera el derecho de igualdad, condenando a la empresa demandada a que incluya a los demandantes en la actual bolsa de contratación y se les realice una prueba de selección en las mismas condiciones que hubo en la Convocatoria de 30 de junio de 2006, absolviendo a la demandada de los demás pedimentos contenidos en el suplico de la demanda".

**SEGUNDO.-** El relato de hechos probados de la sentencia de instancia ha sido mantenido íntegramente en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, hoy recurrida en unificación de doctrina, siendo la parte dispositiva de la misma del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Desestimamos el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado y estimamos en parte el recurso interpuesto en nombre de los actores DOÑA Angelina, DON Carmelo, DOÑA Delia, DON Erasmo y DON Geronimo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Alicante el día 30 de noviembre de 2007 en proceso de tutela de derechos fundamentales seguida a instancia de las personas físicas de referencia contra CORREOS Y TELEGRAFOS SAE, y revocamos dicha sentencia declarando que también se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva respecto a la garantía de indemnidad, condenando a CORREOS Y TELEGRAFOS SAE a que haga pago a cada uno de los actores de la cantidad respectiva de 18.067,50 euros por la vulneración de los derechos fundamentales de igualdad e indemnidad derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, confirmando en lo demás la aludida sentencia".

**TERCERO .-** La parte recurrente considera contradictoria con la impugnada en el caso la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio de 2008. La parte dispositiva de la misma es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Jesus Miguel y Don Alejandro, y revocamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla en fecha 25/10/2006 [recurso de Suplicación nº 3186/06], que a su vez había confirmado la decisión que en 28/10/05 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Sevilla [autos 638/05], y resolviendo el debate suscitado en Suplicación estimamos sustancialmente el recurso de tal clase planteado por los actores frente a la «SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.», declarando que la exclusión de los accionantes de la Bolsa de Empleo de la demandada ha comportado vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva y que en su consecuencia es nula, a la par que condenamos a la citada empresa a estar por tal declaración, a que indemnice a los reclamantes en 34,46 € por día, desde la fecha en que fueron contratados por la demandada trabajadores con inferior puesto en las listas y por los periodos en que lo hubiesen sido, hasta que se produzca la contratación de los demandantes; y a que compute tales periodos -a los que la indemnización alcanza- como tiempo de trabajo, a los efectos de antigüedad".

**CUARTO.-** El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de 20 de octubre de 2008. En él se alega como motivo de casación al amparo del art. 221 de la Ley de Procedimiento Laboral, contradicción entre la sentencia reseñada en el antecedente de hecho anterior y la ahora impugnada en el caso. Alega también el recurrente infracción el art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral y arts 24.1 de la Constitución Española en relación con los arts. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

El recurrente ha aportado la preceptiva certificación de la sentencia del Tribunal Supremo, que considera contradictoria a los efectos de este recurso.

**QUINTO** .- Por Providencia de 23 de octubre de 2008, se tuvo por personado e interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso. Personada la parte recurrida, le fue efectuado el correspondiente traslado del recurso, al que contestó en escrito de fecha 8 de mayo de 2009.

**SEXTO** .- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de que interesa la desestimación por falta de contradicción y subsidiariamente y en cuanto al fondo estima procedente el recurso. El día 15 de septiembre de 2009, previamente señalado al efecto, tuvieron lugar la votación y el fallo de la presente resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, versa sobre la indemnización por lesión de derechos fundamentales de ciertos empleados cesados de Correos Y Telégrafos S.A. en el curso de los últimos años, que posteriormente fueron excluidos de las listas o bolsas de empleo elaboradas para el acceso al trabajo en dicha entidad. Los puntos concretos de los que depende la solución del litigio son dos estrechamente relacionados. El primero se refiere a los conceptos de daño y criterios de cálculo a tener en cuenta en la liquidación de dicha indemnización. Y el segundo a la distribución de la carga de la prueba de la producción del hecho dañoso determinante de la misma.

En el caso enjuiciado la exclusión de las listas o bolsas de empleo tuvo lugar desde la interposición de la demanda de despido (hecho probado 6º), en aplicación de las bases de las convocatorias para la constitución de dichas bolsas (hecho probado 4º). Uno de los puntos de tales bases exigía a los aspirantes no haber sido despedido, ni indemnizado por despido, en Correos y Telégrafos (hecho probado 4º), circunstancia de cese en la empresa que concurría en los actores, cuyos contratos temporales se dieron por finalizados por parte de la empresa demandada el 9-4-2004. Tras reclamar en vía judicial, los ahora demandantes obtuvieron sentencia favorable de despido improcedente (hecho probado 2º). Así las cosas, la exigencia del mencionado requisito para formar parte de las bolsas o listas de empleo les ha impedido participar, entre otros, en el concurso de ingreso convocado por Correos y Telégrafos con fecha 30 de junio de 2006, concurso en el que, como corresponde al sistema de bolsa de contratación, se requirió a su vez la inclusión en tales listas de empleo (hechos probados 5º y 6º).

En las fases de instancia y de suplicación de este pleito se ha discutido también sobre la existencia de la lesión de los derechos fundamentales de los actores y sobre el derecho o derechos fundamentales lesionados. Pero el presente recurso de unificación de doctrina prescinde de estos otros temas litigiosos, aceptando lo resuelto sobre los mismos por la Sala de suplicación *a quo*, y ciñéndose exclusivamente a la cuestión de la reparación de los daños y perjuicios generados por la referida exclusión de las bolsas de empleo.

**SEGUNDO** .- La sentencia recurrida ha reconocido a cada uno de los actores una indemnización por importe de "los salarios de un año a tiempo continuado [...] más diez euros asimismo diarios respecto de los demás conceptos alegados por los actores", que el hecho séptimo del escrito de la demanda agrupa en varios apartados ("morales", "psicológicos", "imposibilidad de acceder a nuevas bolsas", afectación "durante toda su carrera profesional", imposibilidad de acceso a la formación). El año de tiempo continuado al que se refiere la sentencia es, de acuerdo con la petición consignada en la propia demanda, el que transcurre desde el 1 de julio de 2006.

La sentencia de contraste, que es la dictada por esta Sala del Tribunal Supremo en fecha 17 de junio de 2008 (rec. 2862/2007), anterior sólo en unos días a la sentencia recurrida, ha resuelto de distinta manera el mismo tema del cálculo de la indemnización de los excluidos de las bolsas de empleo de Correos y Telégrafos en aplicación de una base de convocatoria de constitución de bolsas de empleo del mismo contenido que el de la sentencia recurrida.

La doctrina sentada en esta sentencia de contraste se puede resumir en los siguientes puntos: 1) el art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) ha de ser interpretado en el sentido de que la prueba de la violación de un derecho fundamental no determina automáticamente la indemnización de daños y perjuicios del agraviado, requiriéndose la alegación y prueba de elementos objetivos que, al tiempo que acrediten la producción del daño, permitan calcular su reparación; 2) los salarios dejados de percibir por la exclusión de las bolsas de



trabajo en Correos y Telégrafos son, en principio, elementos objetivos acreditativos del daño generado por tal exclusión y hábiles para la evaluación del mismo, si bien deben limitarse "a los períodos en que hubiesen sido contratados trabajadores con inferior preferencia en tales listas" y no deben comprender tampoco, como es lógico, el tiempo de servicios prestados a otra empresa; y 3) se ha de excluir del cálculo de la indemnización "cantidad adicional alguna" por un "daño moral" genérico que no haga referencia al mencionado "elemento objetivo" de acreditación y evaluación del daño.

**TERCERO** .- La contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste es evidente en lo que concierne a los conceptos de daño a tener en cuenta por la exclusión de las bolsas de empleo objeto de la litis. La sentencia impugnada acepta genéricamente el resarcimiento de los daños morales o psicológicos, aunque no estén desglosados en su importe y aunque no se haya mencionado el elemento objetivo que permita su acreditación y valoración. En cambio, la sentencia de contraste descarta expresamente la reparación del daño moral en tales condiciones.

Existe, por tanto, la contradicción de sentencias que en este recurso especial de casación abre la puerta al fondo del asunto. Y no es obstáculo para ello el dato diferencial apuntado en el informe del Ministerio Fiscal relativo a la condena a Correos "a que realice a la actora la prueba de selección en las mismas condiciones que hubo en la convocatoria de 30 de junio de 2006", condena que se produce en la sentencia de instancia, no revocada en este aspecto en la sentencia de suplicación. Es cierto que en el supuesto litigioso de la sentencia de contraste no ha tenido lugar una condena de esta clase. Pero ello significa no la falta de contradicción, sino la existencia de una contradicción parcial y limitada, ceñida a los factores de determinación y cálculo de la tutela resarcitoria practicada en una y otra sentencia, que es justamente el aspecto contemplado en el recurso del Abogado del Estado.

**CUARTO** .- La doctrina correcta sobre la cuestión controvertida es la contenida en la sentencia de contraste, cuyos puntos esenciales hemos resumido en el fundamento de derecho 2º. De acuerdo con ella, el importe de la indemnización de los salarios dejados de percibir empieza a contar, en su caso, desde la fecha de la contratación por parte de Correos y Telégrafos de trabajadores de las listas de empleo respecto de los cuales la contratación de los actores hubiera sido preferente. Es en este paso del razonamiento donde nos hemos de plantear y resolver el tema de la distribución de la carga de la prueba al que nos referíamos al principio.

La fecha precisa de la contratación de trabajadores de inferior preferencia en las bolsas de empleo no ha sido indicada por los actores, y no figura en los hechos probados de la sentencia de instancia (inalterados en este punto en la sentencia de suplicación). La propia sentencia de instancia deduce de ello, al final de su fundamento 3º, que no ha quedado "acreditada la pérdida de empleo y de las retribuciones diarias, al no haber probado [los actores] que Correos haya contratado temporalmente a otros trabajadores con menos derechos que los demandantes".

Pero esta conclusión, que es la que resultaría del reparto normal de la carga de la prueba en nuestro sistema procesal, no se ajusta al criterio de esta Sala, sentado recientemente en un caso muy similar al presente, que ha hecho valer la norma excepcional de distribución de la carga probatoria establecida en el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), según la cual " *el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*".

**QUINTO** .- En efecto, nuestra sentencia de 24 de junio de 2009 (rec. 3412/2008), haciendo uso de esta norma excepcional de reparto de la carga probatoria, ha desplazado hacia Correos y Telégrafos la prueba de las contrataciones de trabajadores de inferior preferencia, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, que concurren también en los mismo términos en el presente caso: a) en la demanda se afirma, y el dato no parece discutible a la vista del tiempo transcurrido entre el cese y el día inicial de la indemnización reclamada, que Correos contrataba "todos los días" a "trabajadores con menor derecho que los demandantes" (en el caso que debemos resolver ahora, el dato consta en el punto 7º letra c. de la demanda); b) "es la empresa y no el trabajador quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la existencia o inexistencia de determinada vacante en un momento concreto"; c) la posible inexistencia de una contratación de trabajador de inferior preferencia, "pese a tratarse de un hecho negativo", puede fácilmente ser probada por el empresario "por cualquiera de los demás medios admitidos en derecho, entre ellos la testifical a cargo del personal conocedor del hecho"; y d) respecto del trabajador, concurre "dificultad probatoria" para acreditar "las incidencias de la gestión de las listas y en particular las personas contratadas y su calificación de acuerdo con el baremo".

**SEXTO** .- La aplicación en nuestro caso de los criterios de reparación fijados en la sentencia de contraste, con la precisión sobre la carga de la prueba aportada por STS 24-6-2009 (citada), supone la estimación del recurso y, resolviendo el debate de suplicación, la estimación parcial de la demanda, con revocación de la sentencia



de instancia que había resuelto la desestimación de las peticiones de indemnización de daños y perjuicios por lesión de derechos fundamentales reclamadas por los actores.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por CORREOS Y TELEGRAFOS, S.A., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 27 de junio de 2008 , en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2007 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante , en autos seguidos a instancia de DOÑA Angelina , DON Carmelo , DOÑA Delia , DON Erasmo y DON Geronimo , contra dicho recurrente, sobre DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el de suplicación, estimamos parcialmente la demanda de los actores, con revocación de la sentencia de instancia, reconociéndoles el derecho a la indemnización reclamada por salarios dejados de percibir. Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.