



Roj: **SAN 1202/2020 - ECLI:ES:AN:2020:1202**

Id Cendoj: **28079240012020100043**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/06/2020**

Nº de Recurso: **117/2020**

Nº de Resolución: **42/2020**

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **SUSANA MARIA MOLINA GUTIERREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^o: 42/2020

Fecha de Juicio: 18/6/2020

Fecha Sentencia: 24/06/2020

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: DERECHOS FUNDAMENTALES 0000117 /2020

Ponente: D^a SUSANA M^a MOLINA GUTIERREZ

Demandante/s: Belarmino , UGT FICA

Demandado/s: COTRONIC, MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: BLM

NIG: 28079 24 4 2020 0000119

Modelo: ANS105 SENTENCIA

DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000117 /2020

Procedimiento de origen: /

Sobre: TUTELA DCHOS.FUND.

Ponente Ilma. Sra : D^a M^a CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

SENTENCIA 42/2020

ILMA. SRA.PRESIDENTE:



D^a. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. RAMÓN GALLO LLANOS

D^a SUSANA MARIA MOLINA GUTIERREZ

En MADRID, a veinticuatro de junio de dos mil veinte.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento DERECHOS FUNDAMENTALES 0000117 /2020 seguido por demanda de D. Belarmino y UGT FICA (letrado D. Saturnino Gil) contra COTRONIC (letrado D. Manel Alcalá Caballero), compareciendo el MINISTERIO FISCAL, sobre TUTELA DCHOS.FUND.. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Doña. Susana María Molina Gutiérrez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 27 de abril de 2020 se presentó demanda por el Sindicato FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCION Y AGRO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT-FICA) y Don Belarmino contra la compañía CONSTRUCCIONES DE LAS CONDUCCIONES DEL SUR S.A.U. (COTRONIC), sobre TUTELA DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL Y GARANTÍA DE INDEMNIDAD.

Segundo.- Por Decreto de 28 de abril de 2020, la Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 18/6/2020 a las 09:15 horas para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba, citando al Ministerio Fiscal.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto de 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, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes: el sindicato FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCION Y AGRO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (en adelante UGT-FICA) y Don Belarmino se ratificaron en su escrito de demanda reiterando que la reducción del crédito horario sindical comunicado por la empresa 20 de abril de 2020 al mismo constituye un acto de represalia que menoscaba el derecho fundamental de libertad sindical pues se produjo diez días después de haberse posicionado el sindicato UGT en contra en la comisión negociadora del ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción tramitados por la empresa con ocasión del COVID-19. La empresa en la memoria aportada en dicho expediente indicaba que la plantilla era de 763 trabajadores, con lo que el sindicato tenía derecho a nombrar dos delegados sindicales, y al contar sólo con uno podía reunir en el Sr. Belarmino el crédito horario de liberado sindical correspondiente a ambos. En todo caso, se concluye afirmando que si se hubiera producido una minoración de la plantilla no concurrirían los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Supremo para legitimar la reducción del número de delegados sindicales, cuales son que tal reducción ha de ser significativa y prolongada en el tiempo, con lo que la actuación empresarial ha de ser calificada como lesiva de libertad sindical y de la garantía de indemnidad, con condena al abono de sendas indemnizaciones en las cuantía de 6.000 euros.

Concedida la palabra al Letrado de la empresa demanda este manifestó la admisión de los hechos relativos al nombramiento del Sr. Belarmino como delegado sindical por UGT-FICA, así como que reunió el crédito horario de liberado sindical correspondiente a dos delegados, puesto que el sindicato UGT sólo había designado a uno pese a tener la empresa una plantilla de más de 750 trabajajes hasta el 20 de abril de 2020. A partir de este momento la plantilla se vio reducida, pues se produjo el despido de treinta trabajadores (como dice consta en los documentos 7 y 8 por él aportado)

En el mismo sentido añadió que antes de la declaración por parte del Gobierno de estado de alarma la compañía procedió a comunicar el fin de contratos por obra o servicio determinado, pero que el 30 de marzo aún formaban parte de plantilla y por eso fueron computados a efectos del ERTE ETOP. También con fecha 16 de marzo y efectos 1 de abril se comunicó a tres trabajadores su despido por causas disciplinarias.



Después de la declaración del estado de alarma se han producido cinco extinciones de contratos más: dos bajas voluntarias en fechas 29 de mayo y 5 de junio, un despido el día 5 de junio y dos declaraciones de incapacidad permanente con efectos de 8 y 17 de junio. Por consiguiente, la plantilla a fecha 20 de abril de 2020 era inferior a 750 trabajadores con lo que el sindicato accionante no tendría derecho más a que aun delegado sindical con un crédito horario de 35 horas, sin que se haya acreditado la presencia de represalia alguna por parte de la empresa.

Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

Hechos Controvertidos:

- La plantilla de la compañía era de 763 trabajadores al tiempo de iniciarse el periodo de consultas del ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas como consecuencia del COVID-19.
- La plantilla de la empresa es de 737 trabajadores.
- Antes de la declaración del estado de alarma parte del Gobierno por Real Decreto 463/2020, la empresa comunicó la finalización de 22 contratos por obra o servicio determinado y con posterioridad el despido a 3 trabajadores, habiendo operado más tarde más extinciones, en concreto 2 bajas por incapacidad permanente.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: El día 27 de marzo de 2017 la comisión ejecutiva federal del UGT, Federación de industria, Construcción y Agro (UGT-FICA en adelante) comunicó al director de Recursos Humanos de la empresa demandada la designación del Don Belarmino , con DNI NUM000 ocupado en el centro de trabajo Zona 2 de la Delegación de Zaragoza de la empresa COTRONIC como Delegado Sindical (hecho conforme).

SEGUNDO: El 24 de enero de 2019 el sindicato UGT-FICA comunicó a la demandada que en aquellas empresas con entre 751 y 2000 trabajadores les corresponderían designar dos delegados sindicales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2 de la LOLS; pero dado que UGT-FICA sólo había nombrado al Sr. Belarmino en COTRONIC, comunicaban que a partir de febrero éste acumularía en su persona un total de 80 horas de crédito horario sindical (hecho conforme).

TERCERO: Por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el Gobierno de España declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 14 de marzo de 2020).

CUARTO : El 23 de marzo de 2020 el director de Recurso Humanos de la compañía COTRONIC remitió comunicación al delegado de personal del cetro de trabajo de Barcelona, Don Carlos Manuel informándole de la apertura de expediente de regulación temporal de empleo por causas productivas al amparo del artículo 23 del Real Decreto Ley 8/2020 de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (descriptor 4)

QUINTO: La plantilla de la empresa a 23 de marzo de 2020 era de 763 trabajadores. Así constaba en la memoria explicativa remitida por la empresa a la comisión negociadora del ERTE (descriptor 5 y así lo reconoce el propio director de recurso humanos en el folio 13 del descriptor 51)

SEXTO: Que la comisión negociadora a que se refiere el artículo 23 del Real Decreto Ley 8/2020 de 17 de marzo quedó integrada por seis representantes de UGT, seis representantes de CCOO y uno del sindicato ELA; siendo el Señor Belarmino uno de los representantes de los trabajadores que intervinieron en nombre del sindicato UGT en nombre del banco social (hecho admitido).

SEPTIMO: Durante el periodo de negociación del ERTE se celebraron un total de cuatro reuniones. El acta correspondiente a la primera reunión, celebrada el día 2 de abril de 2020, consta unida en el descriptor 6 dándose por reproducida.

OCTAVO : El día 8 de abril de 2020 Don Carlos Manuel , miembro del sindicato UGT-FICA, remitió correo electrónico a la empresa con el siguiente contenido:

"De: Carlos Manuel DIRECCION000

Enviado: miércoles, 8 de abril de 2020 2:46

Para: Candido < DIRECCION001 >; ' Conrado '< DIRECCION002 >; DIRECCION003 DIRECCION003 >

Asunto: RE: ACTA FINAL

Buenas noches Candido ,

Por la presente informo que en tu correo así como en él acta debe de haber algún error.

La reunión ha terminado SIN ACUERDO POR LAS PARTES ya que como sabes UGT FICA con 6 representantes a través de su responsable de Bienes de equipo estatal Don Gervasio , quien ha informado de los motivos del no acuerdo de sus delegados. El representante de ELA ha votado con no acuerdo y CC.OO con 6 representantes ha votado si al acuerdo, siendo el resultado final de 7 votos en contra 6 votos, por lo que NO HAY ACUERDO DE LA RLT.

Por otro lado, no entendemos por qué si desde el primer día de negociaciones en la reunión del día 31 se decidió por unanimidad de todas las partes que la dificultad por la situación en las que nos encontramos imposibilita las reuniones presenciales y se adoptaba la siguiente manera de aprobar el acta sin firmarla expresamente por todos los miembros , "Se indica del procedimiento a seguir para la elaboración redacción y firma de las actas y el procedimiento será que por parte de la empresa se remitirá el acta y se adjuntaran las redacciones remitidas por parte de la RLT y si es posible, que se firme digitalmente por un miembro de cada sección sindical una vez aceptada por todos.". No entendemos por qué en esta acta final se cambian las pautas acordadas en el ACTA 1, pág 3, del periodo de consultas unilateralmente por parte de COTRONIC, solicitando a las partes que se haga ahora de forma individual y que por nuestra parte no estamos de acuerdo con este cambio de criterio. Por ende, solicitamos que se siga respetando lo acordado, por lo tanto, cuando corrijan estos pormenores en el acta como coordinador de UGT ESTATAL de COTRONIC, tal y como se ha venido realizando, te comunicaré la aceptación del acta una vez adjuntadas las manifestaciones de todas las partes, como en anteriores ocasiones.

Conforme hemos acordado por unanimidad los Representantes de la Comisión Negociadora de COTRONIC UGT FICA Estatal, te adjuntamos el ACTA 4 ACTA FINAL correspondiente al periodo de consultas del ERTE por causas productivas" (Descriptor 7)

NOVENO : El sindicato UGT-FICA presentó ante la autoridad laboral en fecha 7 de abril de 2020 escrito de alegaciones en relación con el expediente temporal de regulación de empleo instado por la empresa con el siguiente contenido:

"Dº Gervasio , con DNI NUM001 , en calidad de Responsable del Sector de Bienes de equipo de la federación de Industria Construcción y Agro de la Unión General de trabajadores (UGT FICA), y con dirección a efectos de notificaciones en la AVENIDA000 NUM002 planta 28002 Madrid , teléfono NUM003 y correo electrónico DIRECCION004 ;

UGT FICA ostenta representación en diferentes centros de trabajo que COTRONIC (CONSTRUCCIONES DE LAS CONDUCCIONES DEL SUR) que tiene repartidos en todo el territorio nacional:

El pasado día 30 de Marzo de 2020 la dirección de Cotronic informa, por medio de correo electrónico, de la apertura de una solicitud de Expediente de regulación de empleo temporal por causas productivas .

1.- El RDL 8/2020 recoge en sus artículos 18, 19 y 20:

Artículo 18. Garantía en el mantenimiento de los servicios de comunicaciones electrónicas y la conectividad de banda ancha. Excepcionalmente, mientras esté en vigor el estado de alarma, las empresas proveedoras de servicios de comunicaciones electrónicas mantendrán la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público contratados por sus clientes a fecha del inicio de la aplicación del estado de alarma, de forma que no podrán suspenderlos o interrumpirlos por motivos distintos a los de integridad y seguridad de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas, según se define en el artículo 44 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, aunque conste dicha posibilidad en los contratos de servicios suscritos por los consumidores. cve: BOE-A-2020-3824 Verificable en <https://www.boe.es> BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 73 Miércoles 18 de marzo de 2020 Sec. I. Pág.

Artículo 19. Garantía en la prestación del servicio universal de telecomunicaciones. 1. Mientras esté en vigor el estado de alarma, el proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas designado para la prestación del servicio universal de telecomunicaciones garantizará la prestación de los elementos que integran el servicio universal de telecomunicaciones y mantendrá, como mínimo, el conjunto de beneficiarios actuales, así como la calidad de la prestación del conjunto de servicios que conforman dicho servicio universal, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

En particular, garantizará la continuidad de los servicios y su calidad y no podrá reducir el número de beneficiarios, con especial referencia a los siguientes ámbitos: a) El conjunto de los beneficiarios actuales y las condiciones en las que presta el servicio de acceso funcional a Internet, según se establece en el artículo



28 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Las condiciones en las que actualmente garantiza la asequibilidad del servicio, según se definen en el artículo 35 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Artículo 20. Suspensión de la portabilidad. Mientras esté en vigor el estado de alarma, no se realizarán por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas campañas comerciales extraordinarias de contratación de servicios de comunicaciones electrónicas que requieran la portabilidad de numeración, en la medida que puede incrementar la necesidad de los usuarios de desplazarse físicamente a centros de atención presencial a clientes o de realizar intervenciones físicas en los domicilios de los clientes para mantener la continuidad en los servicios. Con este mismo fin, mientras esté en vigor el estado de alarma, se suspenderán todas las operaciones de portabilidad de numeración fija y móvil que no estén en curso, excepto en casos excepcionales de fuerza mayor

2.- Debemos informar que la empresa Cotronic se dedica al mantenimiento e instalaciones de líneas de telecomunicación actividad que está catalogada como esencial debido a la necesidad de garantizar el servicio a la ciudadanía de nuestro país por lo que entendemos que el expediente no se justifica por causas productivas ya que el único descenso de actividad indicado en el RD es relativo a nuevas portabilidades de números y compañías de telecomunicaciones que no tiene nada que ver con la actividad principal de la empresa.

3.- De forma adicional la empresa Cotronic pretende afectar a casi la totalidad de su plantilla en una suspensión de empleo temporal por un periodo de tres meses continuando los servicios a través de las empresas subcontratadas y no viendo estas reducida su actividad manteniendo la misma que antes del inicio del periodo de alarma.

4.- Durante las negociaciones iniciadas con la documentación aportada se desprende que la empresa tiene una reducción de actividad mínima por lo que esta misma puede ser absorbida disminuyendo la subcontratación y goza de una buena salud económica reportando beneficios superiores a los dos millones de euros.

5.- Durante el proceso de negociación que concluyo la pasada noche a las 23:40h de forma telemática finalmente no se pudo llegar a un acuerdo entre las partes finalizando dicho proceso de consultas sin acuerdo. La compañía a posterior procede a enviar vía email un acta de acuerdo para que lo ratifiquen o rechacen los delegados de la comisión negociadora e informa durante el día de hoy de un acuerdo del ERTE cuando en ningún caso este fue alcanzado durante las reuniones del periodo de consultas al efecto y demuestra una mala fe empresarial con el objeto de buscar a toda costa un acuerdo ya que las causas esgrimidas durante la negociación no se ajustan a derecho.

6.- La prioridad para esta organización es preservar la seguridad y salud de los trabajadores y trabajadoras de las empresas y entendiendo que esta empresa realiza una actividad esencial entendemos que existen mecanismos dentro de los convenios colectivos o mediante acuerdos entre las partes que pueden valorar la negociación de flexibilidad a cambio de preservar los puestos de trabajo así como la retribución de los trabajadores y trabajadoras una vez que existe la certeza de que su seguridad y salud está protegida de acuerdo a los pertinentes protocolos.

Solicitamos de la DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO que tenga en cuenta las manifestaciones anteriores para acreditar si existen o no causas de carácter productivo alegadas por la empresa con el objeto de que dicho expediente se atenga a derecho, así como la conducta de la empresa para transformar en acuerdo un no acuerdo así como que la haga responsable en caso de detectarse conducta fraudulenta de todas aquellas penalizaciones oportunas.

En espera de su respuesta.

Recibid un cordial saludo.

Fdo.: Gervasio

Responsable Sector Bienes de equipo UGT FICA" (Descriptor 9)

DECIMO: El día 20 de abril de 2020 la compañía demandada remitió correo electrónico al sindicato demandante con el objeto: "delgado UGT" y el siguiente contenido: "Buenas tardes, En relación a su comunicado de 24 de enero de 2019 y en relación con lo dispuesto en el artículo 10.2 LOLS, las empresas cuyo nº de trabajadores sea inferior de 751, les corresponde un delegado sindical. Dado que la empresa cuenta con menos de 750 trabajadores, les informamos que no le corresponde nada más que un delegado sindical en lugar de los dos que hasta ahora tenían. Se adjunta carta de comunicación al efecto. Un Saludo" (Descriptor 51)



DECIMOPRIMERO : El día 23 de abril de 2020 la empresa remitió nuevo correo electrónico al sindicato UGT-FICA con la siguiente comunicación anexa: "En relación a su carta y como aclaración, le indicamos que a la fecha de la elaboración del informe presentado por el ERTE la plantilla era la que se indica pero eso no quita lo que le estamos comunicando y le reiteramos, que es que la empresa actualmente se encuentra por debajo de los 750 trabajadores, y por tanto, según lo dispuesto en la LOLS sólo le corresponde un delegado sindical, no se trata de ninguna represalia sino de la aplicación de la normativa vigente. En mi carta del pasado día 20 de abril, efectivamente existe un error y es que, las horas que por derecho le corresponden como delegado sindical son 35 horas y no 40 como le indicaba en la misma por lo que tenga por efectuada la rectificación. Así mismo, la reducción de plantilla lamentablemente no se debe a una situación coyuntural ni está motivada por la actual situación que atravesamos de crisis sanitaria, sino que está consolidada y no vamos a regresar al volumen de personal que la empresa tenía en años anteriores. Finalmente, debemos responder a sus valoraciones subjetivas ya que no se esté vulnerando ningún derecho fundamental ya que vds tomaron la decisión de que fuese un único delegado sindical el que tuviese su sindicato y el Sr. Belarmino sigue siendo Delegado sindical, lo único que se produce es un ajuste en las horas que por derecho le corresponden por el número de empleados que tiene la empresa, siempre ajustado a derecho. Atentamente" (Descriptor 51).

DECIMOSEGUNDO : En fecha 11 de marzo de 2020, y con efectos de 31 de marzo de 2020, la empresa COTRONIC entregó comunicaciones de finalización de los siguientes contratos por obra o servicio determinado:

1. Don Silvio , contrato para obra o servicio determinado, para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 16 de julio de 2018 y el 30 de septiembre de 2018, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Guipúzcoa o la reducción parcial del mismo".
2. Don Valentín , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 3 de julio de 2018 y el 30 de septiembre de 2018, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Guipúzcoa o la reducción parcial del mismo".
3. Don Victorio , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 3 de diciembre de 2018 y el 28 de febrero de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Granada o la reducción parcial del mismo".
4. Don Jose Luis , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 8 de mayo de 2018 y el 31 de julio de 2018, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Granada o la reducción parcial del mismo".
5. Don Jose Ángel , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 8 de mayo de 2018 y el 31 de julio de 2018, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para cubrir aumento de producción dentro del contrato con Telefónica".
6. Don Severino , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 23 de mayo de 2018 y el 31 de agosto de 2018, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Madrid o la reducción parcial del mismo".
7. Don Luis Manuel , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 28 de enero de 2019 y el 31 de marzo de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Granada o la reducción parcial del mismo".
8. Don Luis Pablo , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 8 de mayo de 2018 y el 31 de julio de 2018, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Granada o la reducción parcial del mismo".
9. Don Juan Luis , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 26 de noviembre de 2018 y el 31 de enero de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Granada o la reducción parcial del mismo".



10. Don Pedro Miguel , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 19 de noviembre de 2018 y el 31 de enero de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Teruel o la reducción parcial del mismo".
11. Don Juan Luis , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 26 de noviembre de 2018 y el 31 de enero de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Granada o la reducción parcial del mismo".
12. Don Abilio , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 21 de agosto de 2018 y el 31 de noviembre de 2018, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Guipúzcoa o la reducción parcial del mismo".
13. Don Alonso , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 3 de diciembre de 2018 y el 28 de febrero de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Granada o la reducción parcial del mismo".
14. Don Antonio , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 28 de enero de 2019 y el 31 de marzo de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Granada o la reducción parcial del mismo".
15. Don Bartolomé , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 9 de julio de 2019 y el 30 de septiembre de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Teruel o la reducción parcial del mismo".
16. Don Bienvenido , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 21 de mayo de 2019 y el 30 de junio de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Madrid o la reducción parcial del mismo".
17. Don Cecilio , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 2 de enero de 2019 y el 28 de febrero de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Barcelona o la reducción parcial del mismo".
18. Don Avelino , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 23 de enero de 2019 y el 31 de marzo de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Madrid o la reducción parcial del mismo".
19. Don Dimas , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 25 de septiembre de 2018 y el 31 de octubre de 2018, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Madrid o la reducción parcial del mismo".
20. Don Ernesto , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 23 de mayo de 2018 y el 31 de agosto de 2018, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Guipúzcoa o la reducción parcial del mismo".
21. Don Everardo , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 24 de enero de 2019 y el 31 de marzo de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Granada o la reducción parcial del mismo".
22. Don Gabino , contrato para obra o servicio determinado para prestar servicios como instalador y reparador en tecnologías de la información, con una duración de entre el 3 de diciembre de 2018 y el 28 de febrero de 2019, siendo su objeto "prestación de servicio propio de su categoría para la ejecución del contrato firmado con Telefónica en la provincia de Granada o la reducción parcial del mismo" (Descriptor 52)



DECIMOTERCERO: El día 16 de marzo de 2020 la empresa comunicó a Don Gustavo , encargado de la empresa, su despido disciplinario, con efectos del despido de 1 de abril, por disminución continuada de su rendimiento constando a continuación pacto transaccional de las partes en cuya virtud la primera reconocía el carácter improcedente del despido, aceptando el trabajador la cantidad ofrecida por aquélla, y renunciado a ejercitar cualquier acción legal que pudiera corresponderle (Descriptor 53)

DECIMOCUARTO: El día 16 de marzo de 2020 la empresa comunicó a Don José , ofial 1ª de la de la empresa, su despido disciplinario, con efectos del despido de 1 de abril, por disminución continuada de su rendimiento constando a continuación pacto transaccional de las partes en cuya virtud la primera reconocía el carácter improcedente del despido, aceptando el trabajador la cantidad ofrecida por aquélla, y renunciado a ejercitar cualquier acción legal que pudiera corresponderle (Descriptor 53)

DECIMOQUINTO: El día 25 de marzo de 2020 la empresa comunicó a Don Lázaro , auxiliar administrativo de la de la empresa, su despido disciplinario, con efectos del despido de 1 de abril, por disminución continuada de su rendimiento constando a continuación pacto transaccional de las partes en cuya virtud la primera reconocía el carácter improcedente del despido, aceptando el trabajador la cantidad ofrecida por aquélla, y renunciado a ejercitar cualquier acción legal que pudiera corresponderle (Descriptor 53)

DECIMOSEXTO: El día 29 de mayo Don Marino presentó escrito anunciando su baja voluntaria en la compañía (Descriptor 69)

DECIMOSEPTIMO : Con fecha 5 de junio de 2020 la TGSS reconoció la baja en el Régimen General de la Seguridad Social a Don Maximiliano como trabajador de la empresa Construcciones de las Conducciones del Sur S.A siendo la causa de la misma la dimisión de trabajador/baja voluntaria (Descriptor 70)

DECIMOCTAVO: Con fecha 5 de junio de 2020 la TGSS reconoció la baja en el Régimen General de la Seguridad Social a Don Norberto como trabajador de la empresa Construcciones de las Conducciones del Sur S.A siendo la causa de la misma la dimisión de trabajador/baja voluntaria (Descriptor 71)

DECIMONOVENO: Por Resolución del INSS de 19 de mayo de 2020 Don Ricardo , trabajador de la empresa Construcciones de las Conducciones del Sur S.A, fue declarado afecto de incapacidad permanente absoluta, causando baja en la empresa por pasar a la condición de pensionista con efectos económicos de 13 de febrero de 2020 (Descriptor 72)

VIGESIMO : Por resolución del INSS de 14 de mayo de 2020 se declaró a Don Santiago en situación de incapacidad permanente total con efectos económicos de 12 de mayo de 2020 (Descriptor 73)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso 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 8.1 f) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO . - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa bien en hechos conformes, bien en las fuentes de prueba que en los mismos se expresan.

TERCERO . - Solicita en el suplico de su demanda los actores se declare que el delegado sindical Don Belarmino tiene derecho a un crédito horario mensual de ochenta horas mensuales para el ejercicio de sus funciones de representación, así como que las comunicaciones de 20 y 23 de abril de 2020 reduciendo el crédito de cuarenta horas mensuales han vulnerado el derecho fundamental de libertad sindical y garantía de indemnidad, debiendo condenar a la empresa a que indemnice al Sr. Belarmino en la cantidad de 6.000 euros por lesionar su derecho de garantía de indemnidad y al sindicato en otros 6.000 euros por menoscabo de la libertad sindical.

Niega por su parte la mercantil demandada la presencia de lesión alguna del derecho de libertad sindical, pues a fecha 20 de abril de 2020 queda a su juicio acreditada una merma en la plantilla de la empresa que justifica la reducción del número de delegados sindicales pasando de dos a uno, con la consiguiente reducción del crédito horario de liberación sindical, de tal suerte que tal medida en modo alguno puede ser calificada de represalia por haber votado UGT en contra de la finalización con acuerdo en el periodo de consultas del ERTE productivo tramitado por la empresa con ocasión de la crisis sanitaria que atravesamos.

Planteado el debate en estos términos ha de recordar la Sala que proclama el artículo 10 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical que el número de delegados sindicales por cada sección sindical de los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 de los votos en la elección al Comité de Empresa o al



órgano de representación en las Administraciones públicas se determinará según la siguiente escala: De 250 a 750 trabajadores: Uno. De 751 a 2.000 trabajadores: Dos. Añade el apartado tercero, que los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa. En este sentido, el artículo 68.e) del Texto Refundido el Estatuto de los Trabajadores en redacción dada por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, proclama que los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, entre otras, la garantía de disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala:

- 1.º Hasta cien trabajadores, quince horas.
- 2.º De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, veinte horas.
- 3.º De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, treinta horas.
- 4.º De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, treinta y cinco horas.
- 5.º De setecientos cincuenta y uno en adelante, cuarenta horas.

Sentado lo anterior, proceder recordar, en cuanto a la garantía de indemnidad que la Sala Cuarta, entre otras en reciente Sentencia número 196/2020 de 3 de marzo de 2020 que "...es doctrina reiteradísima del Tribunal Constitucional la que señala que la garantía de indemnidad implica que "del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos" (por todas, STC 14/1993, 25/2008 y 92/2009). De ahí que la actuación empresarial que supone la reacción a la reclamación del trabajador del reconocimiento de sus derechos resulte contraria a aquel derecho fundamental (STC 76/2010, 6/2011, y 10/2011, entre otras).

Por otra parte, la protección de los derechos fundamentales halla un instrumento procesal necesario en la distribución de la carga de la prueba que es propia de este tipo de controversia. Mas, la afirmación de la vulneración del derecho ha de ir acompañada de la acreditación de indicios de los que quepa deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido; esto es, que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación (STC 92/2008, 125/2008 y 2/2009). Sólo entonces surge para el demandado la carga de probar que los hechos motivadores se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales (STC 183/2007, 257/2007, 74/2008, 125/2008 y 92/2009)".

También indicar, respecto del momento para determinar la plantilla computable del centro de trabajo a efectos de designación del número de delegados sindicales se ha interpretado por el Tribunal Supremo en Sentencia número 952/2017 de 29 de noviembre de 2017, que "...habrá que estar, salvo disposiciones convencionales, al art. 10.1 LOLS , tomando como base de cálculo la plantilla computable en tal momento de acuerdo con el criterio establecido en el art. 72 ET "determinando su dimensión a lo largo de un plazo objetivo como el anual", señalándose que "El problema supone ... decidir sobre si se aplica o no analógicamente el art. 72 del ET a estos supuestos de conformación de la plantilla en orden a determinar, en el momento de la designación, el número de Delegados Sindicales a los que deban reconocerse las garantías previstas en el art. 10.3 LOLS...con ello se establece un criterio más estable, evitando que para tales designaciones se escojan estratégicamente momentos distintos en consideración a una gran variabilidad de la plantilla, cosa frecuente y hasta cierto punto previsible en determinados sectores de actividad, ... y por otra parte, no se ofrecen razones lógicas para impedir que el criterio establecido en el art. 72 del ET para el cómputo de la plantilla a efectos de la elección del órgano de representación unitaria de los trabajadores, determinando su dimensión a lo largo de un plazo objetivo como el anual, no se aplique también para la designación de Delegados Sindicales que, al fin y al cabo, y aunque no coincida exactamente en el mismo ámbito, constituye otro canal de representación de los trabajadores", observando que "Como hemos apuntado, esta solución no desvirtúa la doctrina antes citada sobre la posibilidad de modificar el número de los Delegados Sindicales a quienes se reconozcan las garantías de los Representantes de los Trabajadores, según se produzcan variaciones de plantilla, -en más o en menos-, computada tal plantilla en la forma que dejamos expresada" (STS/IV 26-abril-2010 -rcud 1777/2009 , Pleno)».

Por último, resulta relevante referirnos a la Sentencia de 11 de abril de 2001 (rec.1.672/2000) que señala que "...los derechos, facultades y garantías ex art. 10.3 LOLS son creación de la Ley y deben ser necesariamente ejercitados en el marco de su regulación legal, pudiendo la empresa controlar los presupuestos ex art. 10.3



en orden a la asunción de las cargas y costes que le suponen las correlativas ventajas y prerrogativas de determinados delegados sindicales, y de incumplirse los presupuestos legalmente exigibles puede denegar el reconocimiento, lo que se ha efectuado válidamente en el presente caso al producirse una disminución esencial en el número de trabajadores del centro de trabajo que impide la aplicación de la norma orgánica cuestionada, sin que se discuta el ajuste a la legalidad de la disminución de plantilla ni existan elementos para poder calificarla de arbitraria o injustificada, lo que ni siquiera se alega por los recurrentes"

CUARTO: Examinada la anterior doctrina jurisprudencial resulta que para poder apreciar la concurrencia de la lesión del derecho fundamental que nos ocupa, en su dimensión de garantía de indemnidad, es preciso que quien la alega tal vulneración aporte suficientes indicios de sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación. Y en el caso que nos ocupa los únicos datos que han quedado acreditados en tal sentido son los objetivados como hechos probados octavo (correo electrónico remitido por persona distinta del Señor Belarmino en nombre del sindicato UGT- FICA (en concreto por Carlos Manuel) a la empresa relativa a su desconcierto sobre la finalización con acuerdo del periodo de consultas del ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas tramitados por la empresa con ocasión de la crisis sanitaria generadas por el COVID-19, pese a la oposición manifestada por el sindicato UGT- FICA), y hecho probado noveno (relativo a escrito presentado, de nuevo, por persona distinta al Señor Belarmino ante la autoridad laboral en nombre del sindicato UGT-FICA efectuando alegaciones en cuanto a la acreditación de las causas productivas alegadas en el ERTE pues en el acta correspondiente a la primera sesión (hecho probado séptimo) ninguna incidencia se produjo).

Como se observa, el Señor Belarmino no participó personalmente en ninguna de las comunicaciones referidas, con lo que los indicios o sospechas de actuación ilegítima exigidas por la doctrina jurisprudencial (para hacer nacer la inversión de la carga de prueba contenida en el artículo 96.1 de la LRJS) por parte de la empresa tendentes a represaliar al mismo como consecuencia de la posición negativa del sindicato UGT en la fase negociadora del ERTE son cuanto menos frágiles.

Pero aun considerando que tales indicios concurren, resultarían acreditados en el presente caso los siguientes hechos relevantes que desvirtúan la presencia de cualquier móvil espurio en la actuación empresarial:

- Primero: que al menos desde enero de 2019 contaba la empresa COTRONIC con una plantilla superior a 750 trabajadores. Así consta en la propia memoria que acompañaba al expediente temporal de regulación de empleo (donde se refiere una plantilla de 763 empleados), y así fue admitido por la compañía de forma pacífica al permitir al sindicato accionante reunir en el Señor Belarmino la garantía de crédito horario sindical correspondiente a dos delegados sindicales sin que surgiera controversia alguna a este respecto desde dicha fecha (hechos probados primero, segundo y quinto).

- Segundo: En armonía transcurrieron los acontecimientos desde enero de 2019 hasta el mes de marzo de 2020 cuando se produjeron distintos hitos que consideramos relevantes:

En fecha 11 de marzo de 2020 COTRONIC procedió a comunicar a 22 trabajadores la finalización de sus respectivos contratos por obra o servicio determinado, todos ellos con efectos de día 31 de marzo de 2020, con lo que a fecha 31 de marzo la plantilla de la empresa quedaría ya reducida a 741 empleados (hecho probado decimosegundo). No consta que dichas extinciones hayan sido impugnadas o cuestionadas.

El día 14 de marzo de 2020 el Gobierno declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria derivada de la pandemia ocasionada por el COVID-19.

Durante los días 16 y 25 de marzo de 2020 la demandada comunicó a tres trabajadores más sus respectivos despidos disciplinarios, con fecha de efectos 1 de abril, sin que tampoco que hayan sido impugnados judicialmente, con lo que a día 1 de abril de 2020 la plantilla de la empresa quedó de nuevo reducida a 738 trabajadores (hechos probados decimotercero a decimoquinto).

- Tercero: Por tanto, a fecha 20 y 23 de abril de 2020, momento en que la empresa comunicó a los hoy actores su decisión de reducir el crédito horario sindical del del Señor Belarmino la compañía tenía menos de 750 trabajadores. Y los venía teniendo desde antes de que el sindicato UGT-FICA se posicionara en contra de la conclusión con acuerdo del ERTE por causas productivas tramitado por la empresa con ocasión del COVID-19, esto es, antes de los días 7 y 8 de abril, fechas en que los Señores Don Carlos Manuel y Don Gervasio remitieran sus respectivas comunicaciones a la dirección de recursos humanos de la empresa y a la autoridad laboral mostrando su oposición a la conclusión de tal periodo negociador, pues repetimos ya desde el día 31 de marzo de 2020 la plantilla de la empresa era de 741 trabajadores; y, en consecuencia, se hallaba por debajo del umbral de los 750 empleados a los que se refiere el apartado segundo de la escala contenida en el artículo 10.2 de la LOLS.



Lo dicho hasta ahora bastaría para tener por desvirtuados los indicios de vulneración del derecho de libertad sindical y garantía de indemnidad aducidos por los demandantes, pero es que la minoración de la plantilla de la empresa demandada continuó tras la comunicación de la decisión que nos ocupa, pues en los meses de mayo y junio constan cinco bajas más en la empresa por causas ajenas a la voluntad de esta: tres responden a bajas voluntarias/dimisiones: una con fecha de efectos 29 de mayo (hecho probado decimosexto) y dos con efectos de 5 de mayo (hechos probados decimoséptimo y decimoctavo), y dos más por declaración de incapacidad permanente total y absoluta de dos trabajadores por Resoluciones del INSS de 14 y 9 de mayo respectivamente (hechos probados decimonoveno y vigésimo)

En definitiva, preexiste en el caso que nos ocupa a la decisión empresarial que se impugna la disminución progresiva, mantenida y previa de la plantilla a la que se refiere la doctrina jurisprudencial más arriba estudiada, lo que no permite, a juicio de la Sala, que pueda ser calificada aquélla de arbitraria, injustificada, o lesiva del derecho de libertad sindical del sindicato UGT-FICA ni del derecho de garantía de indemnidad del Señor Belarmino . Por consiguiente, la demanda ha de ser desestimada en sus pretensiones principal y accesoria, pues no apreciada la lesión de derecho fundamental alguno no precede efectuar condena indemnizatoria alguna tendente a resarcir un daño que no ha quedado constatado.

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

FALLAMOS

Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda formulada por Don Saturnino Gil Serrano, Letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Madrid, actuando en nombre y representación del Sindicato FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCION Y AGRO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT-FICA) y por Don Belarmino , contra la empresa CONSTRUCCIONES DE LAS CONDUCCIONES DEL SUR S.A.U. (COTRONIC), asistida por el Letrado Don Manuel Alcalá Caballero, con intervención del MINISTERIO FISCAL sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, y absolvemos a la demandada de las pretensiones frente a la misma deducidas en demanda. Sin costas.

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 la parte o de su Letrado 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 , y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal , todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0117 20; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0117 20, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.