



Roj: **STS 2359/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2359**

Id Cendoj: **28079140012018100581**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/06/2018**

Nº de Recurso: **149/2017**

Nº de Resolución: **602/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 839/2017,**
STS 2359/2018

CASACION núm.: 149/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 602/2018

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 6 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Braulio Molina González-Pumariega, en representación de ATOS SPAIN SA y del interpuesto por el Letrado D. Jorge Juan Monreal, en representación de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2017, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento número 38/2017, seguido a instancia de D. Ángel Daniel, en representación de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, contra ATOS SPAIN SA, SECCIÓN SINDICAL DE CCOO EN ATOS SPAIN SA, SECCIÓN SINDICAL DE UGT EN ATOS SPAIN SA, MINISTERIO FISCAL, y, como parte interesada la SECCIÓN SINDICAL DE CGT EN ATOS SPAIN SA, sobre TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD SINDICAL.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la representación de la sección sindical del sindicato Coordinadora Obrera Sindical en la empresa ATOS SPAIN, S.A. se presentó demanda de Tutela de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se estime la presente demanda,



y de conformidad con lo referenciado en el ordinal cuarto, se conceda la cuádruple tutela petitionada por esta parte consistente en:

a) Tutela declarativa: a fin de que se declare la existencia de una actitud empresarial lesiva del derecho fundamental de libertad sindical del sindicato demandante y la nulidad radical de la denunciada práctica antisindical de la parte demandada.

b) Tutela inhibitoria: a fin de que se ordene el cese inmediato del comportamiento vulnerador de los derechos fundamentales conculcados por la parte demandada, reconociéndose a la sección sindical del sindicato COS su derecho a participar en posteriores procedimientos de negociación colectiva de igual o similar naturaleza en la que deba intervenir una comisión representativa de los trabajadores integrada por las secciones sindicales (estatales) de ámbito de empresa que cuentan con presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores.

c) Tutela repositoria: a fin de que se restablezca la situación anterior al momento de la vulneración del derecho, lo que entendemos que se obtendrá mediante reconociéndose a la sección sindical del sindicato COS su derecho a haber participado en la comisión negociadora en igualdad de condiciones que el resto de secciones sindicales con presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores afectados.

d) Tutela reparadora de las consecuencias de la vulneración, por lo que se solicita: i) se condene a ATOS SPAIN, S.A. a publicar la sentencia que estime la presente demanda en los tablones de anuncios de la empresa y en su página web y ii) se la condene a abonar a la sección sindical demandante una indemnización por daños y perjuicios que cautelarmente se cuantifica en DOCE MIL QUINIENTOS DOS euros (12.500€), sin perjuicio del mejor criterio del órgano judicial en la determinación del quantum indemnizatorio.

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO .- Con fecha 27 de marzo de 2017 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «Previa desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y estimando la demandada deducida por la Sección Sindical de COS, a la que se adhirió CGT, frente a ATOS SPAIN SAU, UGT y CCOO y el Ministerio Fiscal sobre vulneración del derecho a libertad sindical:

1.- declaramos la existencia de una actitud empresarial lesiva del derecho fundamental de libertad sindical del sindicato demandante y la nulidad radical de la denunciada práctica antisindical de la parte demandada consistente en obviar a dicha organización en la negociación de las condiciones del colectivo MEV;

b.- ordenamos el cese inmediato del comportamiento vulnerador de los derechos fundamentales conculcados por la parte demandada, debiendo reconocer a la sección sindical del sindicato COS su derecho a participar en posteriores procedimientos de negociación colectiva de igual o similar naturaleza en la que deba intervenir una comisión representativa de trabajadores integrada por las secciones sindicales estatales de ámbito de empresa que cuenta con presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores;

3.- Condenamos a ATOS a reestablecer la situación anterior al momento de la vulneración del derecho, debiendo reconocer a la sección sindical del sindicato COS su derecho a haber participado en la comisión negociadora en igualdad de condiciones que el resto de secciones sindicales con presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores afectados;

4.- Condenamos a ATOS SPAIN, SA a publicar esta sentencia que estime la presente demanda en los tablones de anuncios de la empresa y en su página web, así como a abonar a la sección sindical demandante una indemnización por daños y perjuicios que cautelarmente se cuantifica en MIL QUINIENTOS euros (1.500 €)."

CUARTO .- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

« **PRIMERO** .- La empresa demandada ATOS SPAIN SAU, se integra en el denominado grupo ATOS y proporciona a su cartera integral de clientes servicios de TI de Consultoría e Integración de Sistemas, Operaciones Gestionadas y BPO, operaciones Cloud, soluciones Big Data y Ciber-seguridad y servicios transaccionales.

Sus condiciones de trabajo e regulan en el XV Convenio colectivo estatal de empresas de Consultoría y Estudios de Mercado -BOE de 18-3-2.009- y por el pacto colectivo de empresa denominado Acuerdo Marco, vigente desde 2.005.- conforme, por no negado expresamente.-

SEGUNDO .- El acuerdo marco obra en el descriptor 36, que damos por reproducido si bien a efectos de esta resolución hemos de significar:

- que se regula en su punto 1 apartado b) sub-apartado 1 el "Horario general" disponiendo el párrafo último de dicho sub-apartado que:

" La realización de jornadas u horarios distintos de los pactados deberá ser consensuada previamente entre la dirección y la representación sindical, estableciéndose las correspondientes compensaciones";

-que el punto 1, apartado b) sub-apartado 2) regula el Horario para el sistema de trabajo a turnos, estableciéndose en su párrafo último:

"A los empleados adscritos al horario general no se les podrá aplicar el horario a turnos, salvo adscripción voluntaria".

TERCERO.- El día 19 de marzo de 2014 por parte de Ángel Daniel , se comunicó a la empresa Atos SPAIN SA, que en reunión celebrada con los afiliados del centro de trabajo de Barcelona se había decidido constituir la Sección sindical de COS en la referida empresa, siendo recibido por la misma el 2 de abril siguiente-descriptores 1 y 32-.

CUARTO.- En las elecciones celebradas el día 5-11-2.014 en el centro de trabajo de la empresa de Barcelona se eligieron 5 miembros del Comité por la candidatura promovida por COS, 4 por la de CCOO, 4 por la promovida por UGT y 4 por la de CGT- descriptor 34-.

A fecha 17-3-2.016 la composición de la representación unitaria de la empresa según la empresa era la siguiente:

1. Comité de empresa de Madrid: 25 miembros-10 CGT, 9 CCOO y 6 UGT-;
2. Comité de empresa de Barcelona: 17 miembros - 3 COS, 2 independientes (elegidos por listas de COS pero desvinculados del mismo el día 10-7-2.015 sin que conste prueba alguna acreditativa de tal desvinculación), 4 CCOO, 4 UGT y 4 CGT-
3. Comité de empresa de Bilbao: 5 miembros- 1 UGT, 1 ELA, 1 LAB, 1 CCOO, 1 UGT-
4. Delegados de personal de Zaragoza 2: 1 CGT y 1 UGT-
5. Delegado de Personal de Santiago: 1 - UGT.

QUINTO.- El día 9-3-2016 la dirección de la empresa remitió correo electrónico a las Secciones sindicales de UGT, CCOO y CGT con el siguiente tenor:

"Os convocamos a una reunión el próximo día 16 de marzo con el objeto de tratar la situación de los trabajadores del área de MEV.

Como conocéis, este colectivo de trabajadores, ubicados principalmente en Barcelona y Madrid, debido a las particulares condiciones que requiere la prestación de sus servicios necesita regular de manera concreta y ordenada los mismos. Con esta negociación se pretende fijar definitivamente las condiciones referidas garantizando con ello la viabilidad y continuidad del servicio y los derechos de los trabajadores afectados.

Os rogamos confirmación de asistencia a la reunión convocada a la mayor brevedad posible ."- descriptor 50-

El número de trabajadores adscritos al área MEV en la empresa a fecha 17-3-2016 era de 136, de los cuales 129 prestaban servicios en el centro de Barcelona y 7 en el de Madrid. Obra en el descriptor 48- por reproducido-el número, clasificación profesional y centro de adscripción de cada uno de los mismos.

Dicho correo fue reenviado el día siguiente por Sección de CGT a la Sección de COS- descriptor 38-.

SEXTO.- Las actas de las distintas reuniones mantenidas a consecuencia de la comunicación a que ha hecho referencia en el apartado anterior obran en el descriptor 53 que damos íntegramente por reproducido, si bien destacamos lo siguiente:

A.- El día 16-3-2016 se celebra la primera reunión entre los representantes de la empresa y la representación de las Secciones sindicales convocadas- formada por 5 representantes de CCOO, 5 de CGT y 3 de UGT.

En dicha reunión se propone la constitución de una mesa negociadora con Secciones sindicales estatales porque se dice que afecta tanto a trabajadores de Barcelona como de Madrid.

Por la Directora de Operaciones de la empresa se expone el nuevo modelo de negocio de la forma siguiente: *" la actividad de MEV continuara basándose en el desplazamiento al país de origen del evento que se deba cubrir como hasta ahora, y por otra parte debido al nuevo modelo de negocio se han ubicado dos centros de delivery de servicios, uno en Barcelona TTOC (Technical Technology Operation Center) y otro en Madrid ITL (Integration Testing Lab). Esto supondrá menos desplazamientos al país de los eventos, sobre todo en los Juegos*

Olímpicos, ya que se podrá dar soporte y cobertura desde Barcelona y Madrid a los diferentes países y clientes, adaptándonos a los distintos horarios ...

...existe la necesidad de regular una serie de condiciones específicas tales como: flexibilización de horarios, jornadas, introducción de medidas como jornadas a turnos de 8 y 12 horas, jornadas trabajadas en sábados, domingos y festivos, 24 x 7, etc, para atender las necesidades del negocio, dar soporte y cobertura a todos los eventos de MEV teniendo en cuenta diferencia horaria de cada evento."

En el acta consta igualmente lo siguiente:

" se deja constancia de la intervención no autorizada de COS (JAVR y PCP) a la reunión convocada a las Secciones Sindicales Estatales, puesto que no estaban- convocados a la misma, invitándoles a abandonar la sala. Asimismo la RLT indica a COS que las Secciones Sindicales aún no han decidido el ámbito de la negociación. CGT indica que COS tiene que formar parte de esta negociación".

B.- Se celebró una segunda reunión el día 21-3-2016 en el primero de los puntos del acta que la documenta se refiere:

"PRIMERO: CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA

En la anterior reunión, mantenida el día 16 de marzo, la Compañía propuso la constitución de la mesa negociadora con las Secciones Sindicales estatales de CCOO, UGT y CGT, puesto que las medidas a negociar afectan tanto a empleados de MEV ubicados en Barcelona y en Madrid, adscritos a la entidad legal Atos Spain. Tal y como consta en el acta levantada de dicha reunión, se pospuso la constitución formal de la mesa negociadora a la reunión de hoy.

Ante algunas dudas expresadas por CGT en relación a la formalidad o informalidad de esta negociación, CCOO aclara que el carácter formal o informal solo se refería a que existan unos plazos establecidos por Ley para negociar como por ejemplo ocurría en la MSCT y no al respecto del carácter formal de esta negociación.

En el día de hoy, tras comprobar que las medidas a negociar afectarían a trabajadores tanto de Barcelona como de Madrid, las secciones sindicales de CCOO, UGT y CGT, se consideran legitimadas para constituir la mesa negociadora.

Por tanto, en este acto, queda constituida formalmente la mesa negociadora compuesta por las secciones sindicales estatales, quedando pendiente que las mismas nos definan los integrantes de cada representación, que no podrá ser superior a 13 miembros por indicación de la empresa.

Asimismo la RLT indica que no se opone a que otras fuerzas sindicales participen en la negociación, si la legislación laboral vigente así lo indica.

En relación a estas fuerzas sindicales sin representación sindical estatal, UGT apunta que si quieren participar en la negociación, primero deberán solicitarlo formalmente y después serán las secciones sindicales quienes decidan si se les incluye siempre y cuando la ley lo permita. En este supuesto, si finalmente son incluidos en la negociación, UGT indica que pueden participar, aportar y trabajar en la negociación pero sin voto, ya que el acuerdo se firmara a nivel estatal. CGT se adhiere a esto último".

C.- Se celebró una tercera reunión el día 5 de abril de 2016, en la que la RLT La RLT propuso" la celebración de asambleas con el fin de trasladar a los empleados los avances de la negociación sin tener en cuenta los plazos indicados en el ET, mostrando su conformidad la RE.

D.- Las partes negociadoras se reunieron nuevamente los días 18 y 28 de abril, 6 de mayo y 23 de mayo de 2016.

En la última de las reuniones ante una situación de bloqueo en las negociaciones, consta en el acta lo siguiente:

"La RE plantea a la RLT solicitar, que si la negociación finalmente se cierra sin acuerdo, solicitar la adscripción voluntaria e individual de los trabajadores para participar en las operaciones La RLT no avala este planteamiento.

Asimismo la RE indica que hará una consulta voluntaria, anónima e individual a los empleados para conocer su opinión sobre la propuesta final de condiciones. La RLT no está de acuerdo con este planteamiento pero también indica que no pueden impedirlo.

La RE ante esta situación, considera que no ha sido posible acercar posiciones en esta negociación y da por finalizada la reunión cerrando así la mesa de negociación sin acuerdo".

SÉPTIMO. - El día 24 de mayo de 2016 se celebró una reunión informativa por parte de la empresa y los trabajadores del área MEF de Barcelona y Madrid en la que se expusieron las condiciones de trabajo que pretendía implementar la empresa- conforme-.

Ese mismo día la empresa remite correo electrónico a dichos trabajadores con el siguiente tenor:

"Como todos conocéis, el pasado 16 de marzo de 2016 la Dirección de la Compañía en el área de Major Events (MEV), inicio una negociación con la representación sindical nacional, para fijar de manera conjunta las condiciones de trabajo del colectivo de trabajadores asignados a MEV.

Desde dicha fecha, se han celebrado 7 reuniones de negociación, en las que se han analizado las causas que motivan la formulación de la negociación y se ha discutido y negociado las condiciones de prestación de los servicios y las medidas para atenuar el impacto inicial de las mismas sobre los trabajadores afectados. La última, celebrada ayer lunes 23 de mayo de 2016, concluyo sin acuerdo debido a dos puntos de bloqueo.

Antes de valorar medidas alternativas, y adoptar una decisión final, la Compañía considera necesario que todos los trabajadores tengan la oportunidad de expresar su opinión sobre la propuesta final de condiciones planteada, cuyo contenido íntegro se adjunta a este correo electrónico.

Para ello, el día de mañana se va a realizar una CONSULTA, abriendo un proceso de votación individual y secreta ante notario (para garantizar la imparcialidad del mismo), que se celebrará en horario de 10:00 a 12:00 horas de la mañana en nuestras oficinas de Barcelona (Av Diagonal 200, Planta 4, despacho 427) y de Madrid, (c/ Albaracín 25, Planta 1, ITL) para los trabajadores ubicados en cada uno de los respectivos centros.

En particular la cuestión que se someterá a votación directa será si, tras la lectura de las condiciones ofertadas en la propuesta final planteada, cada trabajador está o no en disposición de aceptar las mismas.

Confiamos en que, tras dicha consulta y si en la misma se votase mayoritariamente a favor de la propuesta final referida, se pueda reconducir el proceso negociador y comenzar con la aplicación de las condiciones ofertadas."

La celebración de la consulta fue comunicada a la representación social de la Mesa Negociadora.

El resultado de la votación celebrada en el centro de Barcelona obra documentada en acta notarial, votando un total de 112 trabajadores, de los 56 mostraron su conformidad con la propuesta empresarial y 56 su disconformidad con la misma.

De la misma forma, obra documentada en acta Notarial el resultado de la votación del centro de Madrid, donde votaron un total de 10 trabajadores votando a favor 6 y 4 en contra- descriptor 54-.

OCTAVO .- Finalmente, la empresa impuso las condiciones propuestas a aquellos trabajadores que, previa negociación individual, accedieron voluntariamente, suscribiendo el documento tipo que obra en el descriptor 58.

NOVENO .- El día 11 de mayo de 2016 por parte de COS se convocó huelga indefinida para el personal de área MEF que debía comenzar el día 5 de agosto de 2016. Dicha huelga fue desconvocada el día 5 de agosto de 2016- conforme-

Obra en las actuaciones en idioma catalán la convocatoria de huelga remitida a la empresa y a la Autoridad Laboral- descriptor 55-.

DÉCIMO.- En fecha 30 de marzo de 2016 tuvo entrada en el Consorcio de la ITSS de Cataluña denuncia presentada por COS con relación a su exclusión de las negociadoras, emitiéndose el Informe en fecha 7 de septiembre de 2016, cuyo contenido obra en el descriptor 39 y damos íntegramente por reproducido.

UNDÉCIMO.- El día 23 de junio de 2016 se presentó nueva denuncia por COS ante la ITSS, que emitió el día 18 de diciembre de 2016 el informe que obra en descriptor 37 que damos por reproducido».

QUINTO .- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de ATOS SPAIN SA y por la representación de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, siendo admitidos a trámite por esta Sala.

SEXTO .- Evacuado por el Ministerio Fiscal el traslado conferido, se emitió informe en el sentido de considerar que los recursos deben ser desestimados, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de junio de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 1 de febrero de 2017 se presentó demanda de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS por D. Ángel Daniel , en calidad de representante de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra ATOS SPAIN SA, SECCIÓN SINDICAL DE CCOO EN ATOS SPAIN SA, SECCIÓN SINDICAL DE UGT EN ATOS SPAIN SA, MINISTERIO FISCAL, y, como parte interesada la SECCIÓN SINDICAL DE CGT EN ATOS SPAIN SA, interesando se dicte sentencia por la que se proceda a la cuádruple tutela peticionada, consistente en:



a) Tutela declarativa: a fin de que se declare la existencia de una actitud empresarial lesiva del derecho fundamental de libertad sindical del sindicato demandante y la nulidad radical de la denunciada práctica antisindical de la parte demandada.

b) Tutela inhibitoria: a fin de que se ordene el cese inmediato del comportamiento vulnerador de los derechos fundamentales conculcados por la parte demandada, reconociéndose a la sección sindical del sindicato COS su derecho a participar en posteriores procedimientos de negociación colectiva de igual o similar naturaleza en la que deba intervenir una comisión representativa de los trabajadores integrada por las secciones sindicales (estatales) de ámbito de empresa que cuentan con presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores.

c) Tutela reparatoria: a fin de que se restablezca la situación anterior al momento de la vulneración del derecho, lo que entendemos que se obtendrá mediante reconociéndose a la sección sindical del sindicato COS su derecho a haber participado en la comisión negociadora en igualdad de condiciones que el resto de secciones sindicales con presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores afectados.

d) Tutela reparadora de las consecuencias de la vulneración, por lo que se solicita: i) se condene a ATOS SPAIN, S.A. a publicar la sentencia que estime la presente demanda en los tablones de anuncios de la empresa y en su página web y ii) se la condene a abonar a la sección sindical demandante una indemnización por daños y perjuicios que cautelarmente se cuantifica en DOCE MIL QUINIENTOS DOS euros (12.500€), sin perjuicio del mejor criterio del órgano judicial en la determinación del quantum indemnizatorio.

En el acto del juicio CGT se ha allanado a la demanda.

SEGUNDO.- Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 27 de marzo de 2017, en el procedimiento número 38/2017, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «Previa desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y estimando la demandada deducida por la Sección Sindical de COS, a la que se adhirió CGT, frente a ATOS SPAIN SAU, UGT y CCOO y el Ministerio Fiscal sobre vulneración del derecho a libertad sindical:

1.- declaramos la existencia de una actitud empresarial lesiva del derecho fundamental de libertad sindical del sindicato demandante y la nulidad radical de la denunciada práctica antisindical de la parte demandada consistente en obviar a dicha organización en la negociación de las condiciones del colectivo MEV;

b.- ordenamos el cese inmediato del comportamiento vulnerador de los derechos fundamentales conculcados por la parte demandada, debiendo reconocer a la sección sindical del sindicato COS su derecho a participar en posteriores procedimientos de negociación colectiva de igual o similar naturaleza en la que deba intervenir una comisión representativa de trabajadores integrada por las secciones sindicales estatales de ámbito de empresa que cuenta con presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores;

3.- Condenamos a ATOS a reestablecer la situación anterior al momento de la vulneración del derecho, debiendo reconocer a la sección sindical del sindicato COS su derecho a haber participado en la comisión negociadora en igualdad de condiciones que el resto de secciones sindicales con presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores afectados;

4.-Condenamos a ATOS SPAIN, SA a publicar esta sentencia que estime la presente demanda en los tablones de anuncios de la empresa y en su página web, así como a abonar a la sección sindical demandante una indemnización por daños y perjuicios que cautelarmente se cuantifica en MIL QUINIENTOS euros (1.500 €)."

TERCERO .- 1.- Por el Letrado D. Braulio Molina González-Pumariega, en representación de ATOS SPAIN SA, se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en tres motivos.

Con amparo en el artículo 207 c) de la LRJS, denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, infracción de las normas reguladoras que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión a la recurrente por no haberse subsanado una manifiesta falta de litisconsorcio pasivo necesario, por excluir a la sección sindical de CGT de la posición de codemandada, en virtud del artículo 12.2 de la LEC.

Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS, en el segundo motivo del recurso, interesa la recurrente la revisión de los hechos probados, con la finalidad de incluir un nuevo hecho probado, el séptimo bis, así como la adición de un inciso al hecho probado quinto, por observar un error en la apreciación de la prueba, basando dicha revisión en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación de la Sala.

Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS, denuncia la parte recurrente, en el tercer motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, denunciando vulneración del artículo 87.1 y 41.4 del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.



2.- Por el Letrado D. Jorge Juan Monreal, en representación de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en tres motivos.

Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, denunciando vulneración de los artículos 28.2 de la CE , en relación con el artículo 2.1 d) de la LOLS , 24.1 de la CE y 17 del TRLET , respecto al derecho de huelga, no aplicando la Sala "a quo" los requerimientos que a los efectos de determinar la concurrencia de la lesión del derecho los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS y una inaplicación del artículo 8.12 de la LISOS , en relación con los artículos 39 y 40 de la misma norma en relación con el artículo 183, apartados 1 y 2 de la LRJS .

Con el mismo amparo procesal denuncia, en el segundo motivo del recurso, infracción de los artículos 28.2 de la Constitución Española , en relación con los artículos 2.1d) de la LOLS y 17.1 del TRLET , en relación con los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS .

Con el mismo amparo procesal denuncia, en el tercer motivo del recurso, infracción de los artículos 8.12 , 39 , y 40 del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto , en conexión con los artículos 183, apartados 1 y 2 de la LRJS , en relación con el artículo 1101 del Código Civil y el artículo 85.6 de la LRJS .

Aunque formalmente aparezcan tres motivos en el recurso en realidad sólo son dos ya que el motivo segundo y el tercero recogen las infracciones que aparecen conjuntamente denunciadas en el motivo primero, por lo que examinaremos el segundo y tercer motivos del recurso.

3 .- El recurso formulado por el Letrado D. Jorge Juan Monreal, en representación de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, ha sido impugnado por el Letrado D. Braulio Molina González-Pumariega, en representación de ATOS SPAIN SA, proponiendo el Ministerio Fiscal la desestimación de los dos recursos interpuestos.

CUARTO .- **1.-** Procede, en primer lugar, el examen del recurso interpuesto por el Letrado D. Braulio Molina González-Pumariega, en representación de ATOS SPAIN SA.

En el primer motivo del recurso, con amparo en el artículo 207 c) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, infracción de las normas reguladoras que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión a la recurrente por no haberse subsanado una manifiesta falta de litisconsorcio pasivo necesario, por excluir a la sección sindical de CGT de la posición de codemandada, en virtud del artículo 12.2 de la LEC .

En esencia señala que fueron tres las secciones sindicales que se autoirrogaron legitimación para conformar la parte inicial de la comisión negociadora, CCOO, UGT y CGT, alcanzando un acuerdo por el que configuraban la parte social de la comisión representativa, lo que evidencia que su intención y actuación fue la exclusión de la sección sindical de COS de la participación en las negociaciones.

El derecho, cuya tutela reclama la parte demandante, habría sido, en su caso, vulnerado por las tres secciones sindicales, por lo que las tres debieron ser demandadas y, al no haberse demandado a la CGT se produce la falta de litisconsorcio pasivo necesario denunciada.

2. - El artículo 207 c) de la LRJS dispone que el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos:... "c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte".

Por su parte el artículo 215 b) de la LRJS dispone que "De estimarse las infracciones procesales previstas en la letra c) del artículo 207, se mandarán reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, salvo que la infracción se hubiera producido durante la celebración del juicio, en cuyo caso se mandarán reponer al momento de su señalamiento".

El Tribunal Constitucional y esta Sala -entre otras, en sentencias de 30 de enero de 2004, recurso. 3221/02 y de 3 de octubre de 2006, recurso 146/05 han declarado que la nulidad de actuaciones constituye una medida excepcional que debe quedar reservada para casos extremos de una total indefensión, de modo que no basta que se produzca una vulneración de normas procesales, sino que es preciso que ello haya determinado una indefensión material a la parte que la invoca, ya que la nulidad no deriva de cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino de que esta vulneración le haya producido al interesado un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa. Como dice el Auto del TC 3/1996, de 15 de enero "Para que las irregularidades procesales produzcan el radical efecto de nulidad de actuaciones es preciso que..... la indefensión que produzcan ha de ser material y efectiva y no simplemente posible", es decir, que el citado defecto haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa - STC 43/1989 - pues el



concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos con cualquier infracción de normas.

3.- En el asunto sometido a la consideración de la Sala hay que poner de relieve que, si bien es cierto que en la demanda deducida por la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, no se demanda a la sección sindical de CGT, sino que se consigna "Adicionalmente se solicita la citación en calidad de parte interesada en este procedimiento a la SECCIÓN SINDICAL DE CGT EN ATOS SPAIN SA...", no es menos cierto que en fase de conclusiones CGT asumió la posición procesal de demandada y manifestó que se allanaba a la demanda., tal y como consta en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia impugnada.

Dicha actuación procesal supone que, habiendo asumido la CGT la posición de demandada es irrelevante, a efectos de la adecuada configuración de la relación jurídico procesal, que tal posición la asumiera al inicio del proceso, porque había sido demandada, o con posterioridad, en el acto del juicio.

En cuanto a la alegación de que en la sentencia recurrida se consigna que CGT se adhirió a la demanda hay que señalar que, aún cuando así fuera y no se trate de un error material de la sentencia de instancia, es lo cierto que consta en la sentencia que el citado Sindicato ha asumido la posición de demandada y se ha allanado a la demanda, con lo que, en su caso, ha quedado válidamente constituida, la relación jurídico procesal.

4.- Tal y como resulta del tenor literal del precepto procesal, artículo 207 c) de la LRJS , y de la jurisprudencia anteriormente consignada para que se estime, como motivo de casación, que se ha producido quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, es necesario que se haya producido indefensión de la parte.

En el asunto examinado no se ha alegado por el recurrente, ni a este Tribunal se le alcanza, que indefensión ha podido producir a la empresa ATOS SPAIN SA que la demanda se dirigiera contra la sección sindical de CGT como parte interesada y que en el acto del juicio este Sindicato asumiera la posición de demandado y se allanara a la demanda.

Al resultar que la CGT ha asumido la posición de demandada y que, a mayor abundamiento, no consta que se haya producido indefensión real del recurrente, procede la desestimación de este motivo de recurso.

QUINTO.-1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , en el segundo motivo del recurso, interesa la recurrente la revisión de los hechos probados, con la finalidad de incluir un nuevo hecho probado, el séptimo bis, así como la adición de un inciso al hecho probado quinto, por observar un error en la apreciación de la prueba, basando dicha revisión en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación de la Sala.

2.- Tal y como nos recuerda la sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 3013, recurso 37/2013 : "Requisitos generales de toda revisión fáctica .- Con carácter previo al examen de la variación del relato de hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurran los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -; ... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).

Más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de " error en la apreciación de la prueba " que esté " basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador "(recientes, SSTS 19/04/11 - rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 -rco 221/10 -); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testifical, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); como también hemos rechazado expresamente la habilidad revisora de la prueba pericial, que «no está contemplada en el ... [art. 207.d) LRJS] como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria en el recurso de casación, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación ... [art. 193.b LRJS], aparte de que la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 348] confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de valorar "los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", y la Sala de instancia ya valoró esta prueba en conjunción con el resto de la practicada» (STS 26/01/10 -rco 45/09 -).

En todo caso se imponen -en este mismo plano general- ciertas precisiones: a) aunque la prueba testifical no puede ser objeto de análisis en este extraordinario recurso, pese a todo en algunos supuestos puede



ofrecer «un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (en tal sentido, SSTs 09/07/12 -rc 162/11 -; y 18/06/13 -rc 108/12 -); b) pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental (STS 26/06/12 -rc 19/11 -); y c) la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas (SSTs 27/01/04 -rc 65/02 -; 11/11/09 -rc 38/08 -; y 20/03/12 -rc 18/11 -), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica (SSTs 07/06/94 -rc 2797/93 -; 06/06/12 -rc 166/11 -; y 18/06/13 -rc 108/12 -).

3.- El recurrente, invocando el descriptivo 56, folio 54, interesa la adición de un nuevo hecho probado, el hecho probado séptimo bis, interesando que presente la siguiente redacción: «Las secciones sindicales de CCOO, UGT y CGT emitieron un comunicado (descriptivo 56 (folio 54)), que se da por reproducido, y en el que se indican las razones por las que la sección sindical de COS no debía participar en las negociaciones».

No procede la adición interesada ya que el dato que se pretende adicionar es irrelevante para la resolución del recurso, como posteriormente se razonará al resolver sobre las denunciadas infracciones jurídicas.

SEXTO.-1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , en el segundo motivo del recurso, invocando el descriptivo 52, folios 57 a 65, interesa la recurrente la revisión de los hechos probados, con la finalidad de incluir un nuevo párrafo en el hecho probado quinto, proponiendo la siguiente redacción: «QUINTO.- El día 9-3-2016 la dirección de la empresa remitió correo electrónico a las Secciones sindicales de UGT, CCOO y CGT (**dado que en negociaciones anteriores habían sido estas secciones sindicales las únicas con las cuales se había venido negociando**) con el siguiente tenor: (...).».

2.- No procede la adición interesada ya que los documentos invocados no acreditan el dato que la parte pretende adicionar, pues el hecho de que en tres reuniones únicamente aparezcan como intervinientes UGT, CCOO y CGT, no acredita que en las negociaciones anteriores sean los únicos intervinientes, ya que no se ha acreditado la totalidad de reuniones que se han celebrado con anterioridad a las convocadas por la empresa a partir del 16 de marzo de 2016 hasta el 23 de mayo de 2016.

SÉPTIMO.-1.- Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el tercer motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, denunciando vulneración del artículo 87.1 y 41.4 del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

En esencia alega que el reconocimiento por ATOS SPAIN SA de que la sección sindical de COS debía haber participado en las negociaciones escapa del ámbito de decisión de la empresa por tratarse de una potestad única y exclusiva de las propias secciones sindicales, sin que corresponda a la empresa intervenir en la constitución o formación de la interlocución social.

2.- Tal y como resulta de la sentencia de instancia, la empresa ATOS SPAIN SA inició el 9 de marzo de 2016 una negociación para proceder a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, en concreto las condiciones de los trabajadores del área de MEV, ubicados principalmente en Barcelona y Madrid, afectando la negociación a la distribución del tiempo de trabajo -flexibilización de horarios, jornadas, introducción de medidas como jornadas a turnos de 8 y 12 horas, jornadas trabajadas en sábados, domingos y festivos, 24 x 7 etc... para atender las necesidades del negocio, dar soporte y cobertura a todos los eventos de MEV, teniendo en cuenta la diferencia horaria de cada evento- procediendo en dicha fecha a dirigir comunicación a las Secciones Sindicales de CCOO, UGT y CGT citándoles a una reunión el día 16 de marzo. Se celebraron reuniones entre la empresa y dichos representantes el 16 y 21 de marzo, 5, 18 y 28 de abril y 6 y 23 de mayo, finalizando la negociación sin acuerdo. La empresa convocó a las reuniones a las Secciones Sindicales de CCOO, UGT y CGT, no convocando a la sección sindical de COS.

Dicha Sección Sindical se había constituido el 19 de marzo de 2014, con el carácter de sección sindical de empresa, procediendo en dicha fecha D. Ángel Daniel a comunicarlo a la empresa, comunicación que recibió el 2 de abril de 2014.

A fecha 17 de marzo de 2016, la composición de la representación unitaria de los trabajadores en la empresa era la siguiente:

1. Comité de empresa de Madrid: 25 miembros-10 CGT, 9 CCOO y 6 UGT-;



2. Comité de empresa de Barcelona: 17 miembros - 3 COS, 2 independientes, 4 CCOO, 4 UGT y 4 CGT-
3. Comité de empresa de Bilbao: 5 miembros- 1 UGT, 1 ELA, 1 LAB, 1 CCOO, 1 UGT-
4. Delegados de personal de Zaragoza 2: 1 CGT y 1 UGT-
5. Delegado de Personal de Santiago: 1 - UGT.

3.- El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores , que regula las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, establece:

"4. Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados.

En defecto de lo previsto en el párrafo anterior, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas:...

b) Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá:

En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1.ª Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos ».

Del tenor literal del precepto "A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes, su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo"- resulta que la empresa tiene que comunicar a los representantes de los trabajadores el inicio del periodo de consultas y debe hacerlo a todos los representantes de los trabajadores a fin de que procedan a constituir la comisión representativa que va a negociar la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Al no haber comunicado la empresa a la sección sindical de COS -cuya constitución y ámbito de representación conocía la empresa desde el 2 de abril de 2014, ya que le había sido debidamente comunicado por D. Ángel Daniel - su intención de iniciar el procedimiento de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, ni haberle convocado para las reuniones, que a partir del 16 de marzo de 2016 se celebraron para negociar dicha modificación, habiendo convocado a las otras secciones sindicales constituidas en la empresa -CCOO, UGT y CGT- ha vulnerado el derecho de libertad sindical del sindicato accionante, COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-. En efecto, la falta de comunicación de la empresa a COS de su intención de inicio del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo y la no convocatoria a las reuniones señaladas para la pertinente negociación, han privado a dicho Sindicato de la posibilidad de ejercer su derecho a formar parte de la comisión negociadora y participar en las negociaciones para la modificación sustancial de condiciones de trabajo prevista por la empresa. Dicha omisión significa una directa vulneración del derecho del Sindicato a la acción sindical, en concreto a la negociación colectiva contemplada en el artículo 8.2 b) de la LOLS , lo que supone vulneración del derecho de libertad sindical y, al haberlo entendido así la sentencia impugnada, se ha de desestimar este motivo de recurso.

No empuje tal conclusión que el artículo 41 de Estatuto de los Trabajadores establezca, en su apartado 4, "La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden..."ya que dicho precepto reconoce preferencia a las secciones sindicales sobre la representación unitaria para formar parte de la comisión negociadora, pero no supone, como entiende la recurrente, que las secciones sindicales libremente puedan acordar quienes integran la citada comisión negociadora, ya que únicamente formarán parte de la misma



aquellas secciones sindicales que tengan representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados.

No resulta aplicable lo resuelto en la sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 2010, recurso 203/2009 , ya que en dicho asunto se planteó demanda de tutela de la libertad sindical, solicitando se declare vulnerado tal derecho fundamental "desde la perspectiva de la negociación colectiva" que el sindicato demandante entendía vulnerada por la conducta empresarial consistente en la demora por más de un año de la constitución de la mesa, razonando la sentencia que con arreglo al artículo 88.2 ET es a las propias partes negociadoras a quienes corresponde la designación de los componentes de la comisión negociadora del convenio, tratándose de una actuación sobre la que no puede intervenir la empresa que ninguna facultad decisoria posee en este punto, siendo así que los sindicatos no habían procedido a designar nominativamente a la persona que había de intervenir en las negociaciones en representación del sindicato. En este supuesto, a diferencia del ahora examinado, la empresa se había dirigido a la totalidad de sindicatos que deberían constituir la comisión negociadora del convenio colectivo para que designasen nominativamente quien iba a formar parte de dicha comisión, ya que eran más numerosos los representantes que los miembros que podían constituir la comisión negociadora, que solo son doce.

OCTAVO.-1.- Procede, en segundo lugar, el examen del recurso formulado por el Letrado D. Jorge Juan Monreal, en representación de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-.

2.- Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, formulado como segundo motivo, infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, denunciando vulneración del artículo 28.2 de la CE , en relación con el artículo 2.1 d) de la LOLS , y 17.1 del TRLET , respecto al derecho de huelga, en relación con los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS .

En esencia alega que ha existido una vulneración del derecho de huelga ya que existen bases fácticas, junto con conexiones e interferencias lógicas, que evidencian la interconexión entre la exclusión del Sindicato del proceso de negociación y la búsqueda de la empresa de acuerdos individuales en masa con los trabajadores y los intervalos temporales entre la convocatoria de la huelga, 11 de mayo de 2016, y la fecha de comienzo de la misma, 5 de agosto de 2016.

3.- La censura jurídica formulada no ha de tener favorable acogida. A este respecto hay que señalar que para resolver las cuestiones planteadas la Sala ha de partir del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, de los hechos que la propia Sala haya podido revisar, a la vista del recurso formulado por la parte al amparo del artículo 207 d) de la LRJS , y de los hechos probados que con valor de tales, aunque en inadecuado lugar, puedan figurar en los fundamentos de derecho de la sentencia, sin que pueda tomar en consideración hechos distintos o que no figuren en alguna de las formas indicadas.

Partiendo de tales premisas resulta que los únicos datos que constan en la sentencia impugnada son los siguientes: El día 11 de mayo de 2016 por parte de COS se convocó huelga indefinida para el personal de área MEF que debía comenzar el día 5 de agosto de 2016. Dicha huelga fue desconvocada el día 5 de agosto de 2016.

La empresa ATOS SPAIN SA inició el 9 de marzo de 2016 una negociación para proceder a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, en concreto las condiciones de los trabajadores del área de MEV, ubicados principalmente en Barcelona y Madrid, afectando la negociación a la distribución del tiempo de trabajo, procediendo en dicha fecha a dirigir comunicación a las Secciones Sindicales de CCOO, UGT y CGT citándoles a una reunión el día 16 de marzo, no citando a COS.

El día 24 de mayo de 2016 se celebró una reunión informativa por parte de la empresa y los trabajadores del área MEF de Barcelona y Madrid en la que se expusieron las condiciones de trabajo que pretendía implementar la empresa.

La empresa remitió ese día un correo electrónico a los trabajadores, en el que, entre otros extremos consta:

«En particular la cuestión que se someterá a votación directa será si, tras la lectura de las condiciones ofertadas en la propuesta final planteada, cada trabajador está o no en disposición de aceptar las mismas.

Confiamos en que, tras dicha consulta y si en la misma se votase mayoritariamente a favor de la propuesta final referida, se pueda reconducir el proceso negociador y comenzar con la aplicación de las condiciones ofertadas».

Finalmente, la empresa impuso las condiciones propuestas a aquellos trabajadores que, previa negociación individual, accedieron voluntariamente, suscribiendo el documento tipo que obra en el descriptor 58.



De tales datos no resulta indicio alguno de que la empresa ATOS SPAIN SA haya vulnerado el derecho de huelga de los trabajadores, constando en la sentencia de instancia, tras apreciar que la negociación individualizada en masa constituye una vulneración de la libertad sindical, lo siguiente: «no estima que el cese de la mesa de negociación no se produjo de forma reactiva a la convocatoria de huelga por parte de COS, sino a causa de la situación de bloqueo de las negociaciones, por lo que esta última vulneración denunciada, entendemos que no ha quedado suficientemente constada, ni siquiera indiciariamente».

NOVENO.-1.- Con el mismo amparo procesal denuncia, en el tercer motivo del recurso, es el segundo motivo, infracción de los artículos 8.12 , 39 , y 40 del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto , en conexión con los artículos 183, apartados 1 y 2 de la LRJS , en relación con el artículo 1101 del Código Civil y el artículo 85.6 de la LRJS .

El recurrente aduce que no son adecuados los parámetros cuantitativos aplicados por la sentencia de instancia ya que, dada la gravedad de la conducta, no debió subsumirse en el supuesto tipificado en el artículo 7.7 de la LISOS , falta grave, sino en el artículo 8.12 de dicho texto legal , falta muy grave, ya que la voluntad de la empresa no queda acotada a un ámbito de un incumplimiento de los derechos de información y consulta de los trabajadores, sino que hay una voluntad lesiva y segregadora por parte de la empresa, que la propia Sala califica como "práctica antisindical".

2.- La sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 2018, recurso 274/2016 , recoge la doctrina de la Sala acerca de la fijación del "quantum" indemnizatorio en supuestos de vulneración de la libertad sindical, en los siguientes términos:

«2 . Normas aplicables.

El art. 182.1 LRJS prescribe que en procesos de tutela de derechos fundamentales, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas, la sentencia:

a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.

c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.

d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183.

B) El artículo 183 LRJS regula las "indemnizaciones" que procede abonar en el ámbito de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales. De su contenido interesa ahora reproducir los dos primeros apartados, que la recurrente considera vulnerados:

1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Doctrina de la Sala sobre indemnización de daños y perjuicios.

Las SSTS 17-diciembre-2013 (rco 109/2012), 8-julio-2014 (rco 282/2013), 2-febrero-2015 (rco 279/2013), 26-abril-2016 -rco 113/2015 o 649/2016 de 12 julio (rec. 361/2014) exponen lo siguiente acerca de la indemnización por daño moral cuando existe vulneración de derecho fundamental (arts. 179.3 , 182.1.d , 183.1 y 2 LRJS):



El art. 15 LOLS ... establece, en términos imperativos, que "Si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará ... la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas" y la LRJS, en desarrollo y concreción de tal norma, tratándose especialmente de daños morales, de difícil determinación y prueba por su propia naturaleza, y acorde con la jurisprudencia constitucional, ha flexibilizado la interpretación que de tales extremos se venía efectuando por un sector de la jurisprudencia ordinaria.

En este sentido, en la LRJS se preceptúa que:

- a) "La demanda ... deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios , a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador" (art. 179.3 LRJS), de donde es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización;
- b) "La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: ... d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 " (art. 182.1.d LRJR), de tal precepto, redactado en forma sustancialmente concordante con el relativo al contenido de la sentencia constitucional que otorgue el amparo (art. 55.1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional -LOTC), se deduce que la sentencia, como establece el citado art. 15 LOLS , debe disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo expresamente la indemnización, con lo que la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la "integridad" del derecho o libertad vulnerados;
- c) "Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados" (art. 183.1 LRJS), se reiteran los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización , así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental;
- d) "El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño" (art. 183.2 LRJS), deduciéndose que respecto al daño, sobre cuyo importe debe pronunciarse necesariamente el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. ex art. 179.3 LRJS), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño", es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención; y
- e) Finalmente, la importancia de la integridad en la reparación de las víctimas de los vulnerados derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la indemnización procedente, se refleja en la esencial función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso social declarativo y de ejecución, al disponerse que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas ..." (art. 177.3 LRJS) y que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas" (art. 240.4 LRJS)>>.

4. Consideraciones específicas.

A) El recurrente, aunque formula este motivo de manera lógicamente subsidiaria, considera la indemnización no ajustada a Derecho e insiste en que no se ha producido vulneración de la libertad sindical.



Como pone de relieve el Ministerio Fiscal, al fracasar el primero de los argumentos (no hay vulneración de libertad sindical) también decae el segundo de ellos (no hay perjuicio).

B) Siguiendo la pauta de las sentencias reseñadas, acreditada la vulneración de la libertad sindical debe fijarse la cuantía de la indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados (arg. ex art. 183.1 LRJS). Concretada en este caso la pretensión indemnizatoria de la parte demandante a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado perjuicios materiales concretos, para cumplir con el deber de cuantificar el daño, puede determinarse prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización , y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (arg. ex arts. 179.3 y 183.2 LRJS).

C) A falta de otros datos trascendentes aportados y justificados, nuestra jurisprudencia admite como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales el acudimiento a los criterios de la LISOS. El artículo 7.7 tipifica como falta grave la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos. A su vez, el artículo 40.1.a) contempla como sanción una multa en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

D) El sindicato demandante ha interesado el abono a una indemnización de 3.125 € ofreciendo como criterio orientativo para fijar su importe la cuantía en el grado medio de la sanción por falta graves del art. 40, apartado 1.b) de la LISOS .

A su vez, la sentencia recurrida acoge esta pretensión "al no considerarse excesiva, irrazonable ni desproporcionada, siendo prudencialmente correcta y ajustada a las circunstancias del caso".

E) No apreciamos en el recurso argumento alguno que altere la valoración asumida por la sentencia de la Audiencia Nacional, tal y como apunta el Ministerio Fiscal. Como acabamos de ver, se trata de una consecuencia coherente con el tenor de las normas aplicables y de la doctrina que las interpreta».

Por su parte la sentencia de 26 de abril de 2016, recurso 113/2016 establece:

"En la STS 2 febrero 2015 (rec. 279/2013) hemos repasado la evolución de nuestra jurisprudencia y anotado los cambios que ha de comportar la regulación de la LRJS que ahora debemos aplicar. Aún después de ella se considera válida la doctrina conforme a la cual el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable. Asimismo, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006) y pueda seguir teniéndose como parámetro razonable.

La intermediación característica del proceso laboral en la instancia se proyecta a la hora de precisar el concreto alcance que deba tener la indemnización de daños y perjuicios contemplada en la LRJS. De hecho, en alguna ocasión, a la vista de su artículo 183 , hemos llegado a entender que solo excepcionalmente cabe revisarlo en casación, "al ser competencia de la Sala de instancia fijar libremente su importe" (STS 30 abril 2014, rec. 213/2013). Asimismo, la STS 5 febrero 2015 (rec. 77/2014) pone de relieve el diferente modo en que ha de abordarse la fijación por los daños sufridos (necesitados de su acreditación) y por los daños y perjuicios morales (donde la determinación posee elevadas dosis de discrecionalidad)".

3.- En la sentencia de instancia, tras razonar que se ha ocasionado un daño moral al Sindicato, pues se ha obviado la necesaria negociación con el para la adopción de una medida de especial relevancia para el colectivo de trabajadores cuya defensa e interés tiene constitucionalmente encomendados, lo que influye en su imagen y crédito, se ha procedido a fijar la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía de 1.500 €, equivalente a la multa con que sería sancionada la empresa con arreglo a los artículos 7.7 , 39 y 40 de la LISOS , imponiéndose la sanción en su grado medio, sanción similar a la impuesta en asunto semejante confirmado por la sentencia de Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2016, recurso 68/2016 .

Tal y como ha quedado anteriormente consignado, la jurisprudencia de la Sala ha establecido que el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable. Asimismo, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006) y por la de esta Sala y pueda seguir teniéndose como parámetro razonable.



La sentencia de instancia ha procedido a fijar una cuantía indemnizatoria igual a la que correspondería a la multa con que sería sancionada la empresa con arreglo a los artículos 7.7, 39 y 40 de la LISOS, imponiéndose la sanción en su grado medio, siendo la infracción contemplada en dicho precepto -"La transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos"- que supone una conducta que se asemeja a la apreciada en la empresa ATOS SPAIN SA, por lo que la cantidad fijada no se considera desorbitada, injusta, desproporcionada o irrazonable.

Por otra parte, la conducta sancionada en el artículo 8.12 de la LISOS, invocada por el recurrente para motivar la imposición de una indemnización superior, equivalente a la sanción por falta muy grave contemplada en la conducta descrita en dicho precepto, no se asemeja a la imputada a la empresa. En dicho precepto se describe como infracción: "Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables, por razón de...adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos...", conducta que no se acomoda a la observada por la empresa.

Por todo lo razonado el motivo ha de ser desestimado.

DÉCIMO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Braulio Molina González-Pumariega, en representación de ATOS SPAIN SA y del interpuesto por el Letrado D. Jorge Juan Monreal, en representación de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2017, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento número 38/2017, seguido a instancia de D. Ángel Daniel, en representación de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra ATOS SPAIN SA, SECCIÓN SINDICAL DE CCOO EN ATOS SPAIN SA, SECCIÓN SINDICAL DE UGT EN ATOS SPAIN SA, MINISTERIO FISCAL, y, como parte interesada la SECCIÓN SINDICAL DE CGT EN ATOS SPAIN SA, que en el acto del juicio ha asumido la posición de demandada, sobre TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD SINDICAL, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Braulio Molina González-Pumariega, en representación de ATOS SPAIN SA y del interpuesto por el Letrado D. Jorge Juan Monreal, en representación de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2017, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento número 38/2017, seguido a instancia de D. Ángel Daniel, en representación de la sección sindical del sindicato COORDINADORA OBRERA SINDICAL -COS-, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra ATOS SPAIN SA, SECCIÓN SINDICAL DE CCOO EN ATOS SPAIN SA, SECCIÓN SINDICAL DE UGT EN ATOS SPAIN SA, MINISTERIO FISCAL, y, como parte interesada la SECCIÓN SINDICAL DE CGT EN ATOS SPAIN SA, que en el acto del juicio ha asumido la posición de demandada, sobre TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD SINDICAL.

Confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.