



Roj: **STSJ AND 10789/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:10789**

Id Cendoj: **41091340012018102565**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2018**

Nº de Recurso: **2984/2018**

Nº de Resolución: **2642/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **FRANCISCO MANUEL ALVAREZ DOMINGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 2984 / 18 -K- Sentencia nº **2642 /18**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Ilmo. Sr. Magistrado

DON LUIS LOZANO MORENO

Ilmo. Sr. Magistrado

DON FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ (PONENTE)

Ilma. Sra. Magistrada

DOÑA MARÍA DEL CARMEN PÉREZ SIBÓN

En Sevilla, a veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 2642 /18

En el recurso de suplicación interpuesto por D^a Ascension contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de los de Sevilla en sus autos nº 299/15; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Ascension contra, "Bankia SA", la Comisión Negociadora y con la intervención del Ministerio Fiscal, sobre Contrato de Trabajo, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 27/06/16 por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO .- Doña Ascension , DNI NUM000 , viene prestando servicio bajo las órdenes y la dependencia de BANKIA S.A., desde el 23 de febrero de 2004, con la categoría profesional Grupo 1-nivel IX, en el centro de trabajo sito en la calle Japón número 6, en el centro de liquidación de recuperación de la empresa, con un salario mensual de 2795,05 €. En concreto, consta contrato de trabajo indefinido a tiempo completo de 23 de febrero de 2004 (folios 762 y 763).



SEGUNDO. - La empresa le comunicó a la trabajadora por escrito de 19 de febrero de 2015 que en el caso concreto del CLR de Sevilla se va proceder a reducir la plantilla en 15 puestos de trabajo, comunicando que a partir del próximo día 23 de marzo de 2015 pasaría a prestar servicios como comercial en CR Madrid Este, sita en la calle Silicio 7, Torrejón de Ardoz, Madrid, percibiendo en la cantidad bruta de 15.000 €, en concepto de indemnización por movilidad, en los términos que constan en los folios 21 y 22, que se dan por reproducidos.

TERCERO. - Con anterioridad al CLR de Sevilla, la actora prestó servicios para Bankia en la sucursal sita en la Avenida de la Buhaira, centro en el que un cliente, durante tiempo, estuvo increpando a los/as trabajadores/as de la mencionada sucursal, dando lugar a procedimientos

penales.

CUARTO.- La actora causó baja por I.T. el día 17 de febrero de 2015, derivada de enfermedad común (anomalía respiratoria) hasta el día 6 de marzo de 2015 fecha en que causó alta por inspección médica (folio 25).

QUINTO .- El centro de liquidación y recuperación tiene como objetivo la liquidación de negocios de Bankia procedente de las oficinas que se han ido cerrando y la recuperación de los créditos de deudores morosos.

SEXTO.- Se da por reproducido el folio 292 consistente en la relación de trabajadores del CLR de Sevilla fecha de 23 de marzo de 2015.

SÉPTIMO. - Se da por reproducido el folio 293 consistente en la relación de trabajadores del CLR de Sevilla fecha 30 de septiembre de 2015.

OCTAVO.- Se da por reproducido el folio 294 consistente en la relación de trabajadores que pasaron a prestar servicios desde el CLR Sevilla a SSCC Admisión Riesgo Credit Scoring (0146) el día 7 de septiembre de 2015.

NOVENO.- Doña Encarna en fecha 13 de abril de 2015 alcanzó un acuerdo en CMAC con Bankia en el que se desistió de la acción declarativa de derechos de la cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios reconociendo la empresa del derecho de la trabajadora se inicio relación laboral con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores con efectos de 13 abril de 2015, con una cantidad de 25.443,35 € en concepto de indemnización legal, los términos que constan en los folios 295 y 296, que se dan por reproducidos.

DÉCIMO.- D. Oscar en fecha 9 de enero de 2015 alcanzó un acuerdo con la empresa Bankia en CMAC en el que el trabajador se desistió de la acción declarativa de derechos y de cantidad por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, reconociendo la empresa el derecho del trabajador extingue su relación laboral con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores con fecha de efectos 9 de enero de 2015, ofreciéndole la cantidad de 39.990,50 € en concepto de indemnización legal, en los términos que constan en los folios 297 a 298, que se dan por reproducidos.

UNDÉCIMO .- D. Rafael en fecha 9 de enero de 2015 alcanzó un acuerdo con Bankia ante el CMAC en el que el trabajador se desistió de la acción declarativa de derechos así como la indemnización de daños y perjuicios, reconociendo la empresa el derecho del trabajador de extinguir su relación laboral con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores con fecha de efectos 9 de enero de 2015, ofreciéndole en la suma de 102.927,75 € en concepto de indemnización, en los términos que constan en los folios 299 a 300, que se dan por reproducidos.

DÉCIMOSEGUNDO .- D. Rubén en fecha 16 de marzo de 2015 alcanzó un acuerdo con Bankia ante el CMAC en el que la empresa reconoció el derecho del trabajador a extinguir la relación laboral con efectos el día 16 de marzo de 2015, ofreciéndole la indemnización de 106.628,31 €, en los términos que constan en los folios 301 a 302, que se

dan por reproducidos.

DÉCIMOTERCERO .- En fecha 16 de junio de 2015 la empresa y doña Lorena pactaron de mutuo acuerdo en la baja definitiva de la trabajadora con efectos el 26 de julio de 2015, percibiendo la cantidad de 109.873,64 €, en los términos que constan en los folios 303 304, que se dan por reproducidos.

DÉCIMOCUARTO .- Don Victoriano y la empresa firmaron en fecha 22 de junio de 2015 la extinción de mutuo acuerdo de la relación laboral del trabajador con efectos el día 26 de junio de 2015, percibiendo la cantidad de 152.066,04 €, en los términos que constan en los folios 305 a 306, que se dan por reproducidos.

DÉCIMOQUINTO .- Don Silvio aparece como demandante de empleo (folios 340).

DÉCIMOSEXTO .- La actora estaba siendo seguida por salud mental.



DÉCIMOSEPTIMO .- Doña Purificacion interpuso demanda de divorcio contra D. Jose Miguel , que fue turnada al Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 4 de Sevilla, autos 36/2014, que dictó sentencia fecha de 15 de octubre de 2014, en cuya virtud decretó el divorcio de dicho matrimonio con las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento, los términos que constan en los folios 381 a 386, que se dan por reproducidos. La madre de la demandante viene siendo atendida por el Equipo técnico del Punto de Información de la Mujer del Ayuntamiento de Sevilla como víctima de violencia de género desde el cuatro marzo de 2014 (folio 389).

DÉCIMOCTAVO .- D. Jose Miguel está diagnosticado de artritis reumatoide (folios 390 a 391).

DÉCIMONOVENO .- Doña Purificacion aparece como demandante de empleo (folio 397).

VIGÉSIMO .- Doña Purificacion padece Estado ansiedad no especificado, enfermedad cerebrovascular aguda mal definida (folio 387).

VIGÉSIMOPRIMERO .- Un trabajador de la empresa interpuso demanda contra la misma por movilidad geográfica, demanda turnada al Juzgado de lo Social número 1 de Córdoba, autos 288/2015, que dictó sentencia en fecha 6 de julio de 2015, en cuya virtud estimó la demanda declarando justificado el traslado, en los términos que constan los folios 400 esa 410, que se dan por reproducidos. La sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de marzo de 2016 revocó la sentencia declarando justificado la decisión empresarial, los templos que constan en los folios 1043 a 1059, que se dan por reproducidos.

VIGÉSIMOSEGUNDO .- Otra trabajadora de la empresa, con sede en Galicia, interpuso demanda movilidad geográfica, que fue turnada al Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, autos 421/2015, que dicte sentencia en fecha de 30 de octubre de 2015, en cuya virtud desestimó la demanda, en los términos que constan en los folios 1060 a 1066, que se dan por reproducidos.

VIGÉSIMOTERCERO .- Otro trabajador de la empresa interpuso demanda de movilidad geográfica contra la misma, con sede en Vigo, turnada al Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, autos 255/2015, que dictó sentencia fecha 13 de abril de 2015, en cuya virtud desestimó la demanda en los términos que constan en los folios 1067 a 1074, que se da por reproducido.

VIGÉSIMOCUARTO .- Se dan por reproducidos los folios 411 a 735, consistentes en informaciones de prensa relativas a la empresa.

VIGÉSIMOQUINTO .- Se dan por reproducidos los folios 764 a 784, consistentes en la memoria explicativa sobre las causas que motivan el procedimiento de despido colectivo en Bankia.

VIGÉSIMOSEXTO .- Se dan por reproducidos los folios 785 a 822 consistentes en el informe técnico justificativo de las causas económicas en el procedimiento despido en la empresa de fecha 9 de enero de 2013.

VIGÉSIMOSEPTIMO .- Se dan por reproducidos los folios 823 a 844 consistentes en el plan estratégico 2012-2015 de la empresa.

VIGÉSIMONOVENO .- La Resolución de 26 de diciembre de 2012 de la Comisión Rectora de Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria acordó la emisión por Bankia de instrumentos convertibles en acciones ordinarias de la entidad, en ejecución del Plan de Reestructuración de Grupo Banco Financiero y de Ahorros aprobado el 27 de noviembre 2012, que fue publicado en el BOE en fecha 27 diciembre de 2012 (folios 845 856)..

TRIGÉSIMO .- En fecha 8 de febrero de 2013 se levantó acta de acuerdos de la Comisión Negociadora del periódico consultas del despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones a aplicar en la empresa, en los términos que constan en los folios 857 a 907. En concreto en dicho acuerdo a las partes reconocían que había quedado acreditadas la negativa situación económica de la empresa y entendía necesaria la adopción de ajustes coyunturales y estructurales en el ámbito de las condiciones laborales de los empleados que contribuyan a mejorar la situación económica de la extendiéndose el plazo de ejecución de las medidas hasta el 31 de diciembre de 2015. En el apartado relativo a la movilidad geográfica se establecía: " a efectos de minimizar el impacto sobre el empleo derivado de la reestructuración de las oficinas y otros ámbitos funcionales, la Entidad podrá reubicar a los empleados afectados en otros centros de trabajo en los que se necesario refuerzo de la plantilla. Asimismo, serán de aplicación las presentes condiciones de movilidad para aquellas personas traspasadas temporal o definitivamente para ser ordenado, gestión de la carga de trabajo remanente liquidación de las oficinas.

Segundo.-En caso de que la movilidad se produzca un centro de trabajo situado a más de 50 km del centro de trabajo en el que el empleado viene prestando sus servicios, éste tendrá derecho a percibir una indemnización de pago único por movilidad conforme reciente escala:



- entre 51 y 100 km: 4000 €.
- Entre 101 y 150 km: 9000 €.
- En 351 y 300 km: 13.000 €.
- Más de 301 km: 15.000 €
- Traslado entre islas: 14.500 €.
- Traslado islas a península: 16.500 €.

Tercero.-La empresa realizará el empleado afectado con una antelación mínima de 30 días.

Cuarto.-Si algún trabajador afectado por la media de vida movilidad geográfica prevista en el presente apartado perdiera como consecuencia el traslado el plus de residencia, en caso de quedar afectado por el despido colectivo, por designación directa empresa, se tendrá en cuenta citado plus en el cálculo de la indemnización, siempre que la extinción del contrato se produzcan los 18 meses siguientes a la firma del presente Acuerdo.

Quinto.-En caso de que el empleado no acepte la movilidad geográfica la empresa podrá ofrecer la extinción de la relación laboral por la amortización de su puesto de trabajo percibiendo la indemnización prevista en el apartado II. B.

Sexto." En el apartado relativo a los criterios afectación de empleados, marco de aplicación y desarrollo se indica que entre otros criterios se procedería la reducción proporcional de la presencia de la entidad en áreas geográficas diferentes a las de las entidades que dieron lugar a la creación de la empresa se añade que, junto con los excedentes del cierre de oficinas genera de manera directa, se realizó un análisis de la carga media de trabajo en la red de oficinas resultante y que determina la necesidad revisar y, en su caso, reasignar los recursos dentro de la red de oficinas que permanecer. La reasignación debería ir realizándose a medida que se ejecuten los cierres previsto su relación con ellos y podía exigir la movilidad geográfica de los trabajadores a los que afecte. Igualmente, para el resto de los territorios en

los que no hay el abandono de localidades se produce también la reordenación de negocios, oficinas y personas en el ámbito provincial correspondiente. Para ello se calcularía con un índice carga de trabajo por oficina y, como consecuencia de lo anterior, las oficinas no podrá

sobrepasar un límite máximo de ratio de clientes activos por empleado ni quedarse por debajo de número mínimo de empleados y resultarían excedentarias o necesitadas de refuerzos de personal en función de que el índice carga de trabajo resultante tras la reasignación de la carga de trabajo fuera inferior o superior a lo que se denomina oficina estándar.. La determinación del número de personas afectadas por los despidos en cada fase se realizaría nivel provincial, una vez deducidas las bajas producidas por la decisión empresarial sobre la aceptación de las propuestas de adhesión en esa provincia y descontar varias personas que se vieron afectados por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo para cubrir las necesidades originadas por la redistribución de cargas de trabajo y la necesidad de creación y dotación, también mediante la reasignación de puestos de trabajo, de centros que administren las cuentas y posiciones a liquidar. La designación de las personas que, una vez realizados los ajustes anteriores, se vieron afectados por las desvinculaciones se llevaría a cabo teniendo en cuenta la valoración resultante de los procesos de evaluación realizados por la entidad respecto de perfil competencial, indicadores de potencial y complemento de objetivos, en los que se tienen en cuatro factores de servicio al cliente, compromiso, rendimiento, trabajo en equipo y polivalencia.

TRIGÉSIMOPRIMERO .- Se han producido 75 desvinculaciones en la Red Comercial de la provincia de Sevilla al amparo del Acuerdo laboral de 8 de febrero de 2013 de las que 62 corresponden a aceptación este propuestas de adhesión al programa de bajas indemnizadas y 13 corresponden a designaciones directas por parte de la empresa, al ser necesario mayor ajuste plantilla para la reestructuración de la red comercial de Sevilla (folio 908).

TRIGÉSIMOSEGUNDO .- A continuación se detallan los cierres de oficinas de la red de particulares como consecuencia procesos de de la comunidad autónoma de Andalucía:

Sevilla: oficinas a 31 de diciembre de 2012 56; oficinas a 31 de diciembre 2014 24; oficinas cerradas 32.

Huelva: oficinas a 31 de diciembre de 2012 10; oficinas a 31 de diciembre 2014 tres; oficinas cerradas siete.

Cádiz: oficinas a 31 de diciembre de 2012 27; oficinas a 31 de diciembre 2014 ocho; oficinas cerradas 19.

Málaga: oficinas a 31 de diciembre de 2012 40; oficinas a 31 diciembre 2014 ocho; oficinas cerradas 32.

Córdoba: oficinas a 31 de diciembre de 2012 16; oficinas a 31 de diciembre 2014 siete; oficinas cerradas nueve.



Jaén: oficinas a 31 de diciembre 2012 nueve; oficinas a 31 de diciembre 2014 dos; oficinas cerradas siete.

Granada: oficinas a 31 de diciembre 2012 17; oficinas a 31 de diciembre 2014 cinco; oficinas cerradas 12.

Almería: oficinas a 31 de diciembre de 2012 12; oficinas a 31 de diciembre 2014 dos 11, oficinas cerradas 10.

Total: oficinas a 31 de diciembre 2012 187; oficinas a 31 de diciembre de 2014 59; oficinas cerradas 128 (folio 909).

TRIGÉSIMOTERCERO .- Se han producido un total de 294 desregulaciones en la red comercial en Andalucía al amparo del acuerdo laboral de 8 de febrero de 2013 conforme al desglose por provincias que se realiza continuación:

Sevilla: bajas previa propuesta del empleado 62; bajas por designación directa 13; total de bajas 75.

Huelva: bajas previa propuesta del empleado 11; bajas por designación directa tres; total de bajas 14.

Cádiz: bajas previa propuesta del empleado 38; bajas por designación directa tres; total de bajas 41.

Málaga: bajas previa propuesta del empleado 72; bajas por designación directa ocho; total de bajas 80.

Córdoba: bajas previa propuesta del empleado 17; bajas por designación directa seis; total de bajas 23.

Jaén: bajas previa propuesta del empleado 13; bajas por designación directa pero; total de bajas 13.

Granada: bajas previa propuesta del empleado 22; bajas por designación directa cuatro; total de bajas 26.

Almería: bajas previa propuesta del empleado 19; bajas por designación directa tres; total de bajas 22;

total: bajas previa propuesta del empleado 254; bajas por designación directa 40; total de bajas 294 (folio 909).

TRIGÉSIMOCUARTO .- La empresa comunicó a la actora por escrito de una de octubre de 2013 que como consecuencia del acuerdo laboral de febrero de 2013 a partir del día 28 de octubre de 2013 pasaría a prestar servicios como comercial CLR en el centro de liquidación de recuperación de Sevilla y que, como requiere la realización de un horario singular, con fecha 11 de abril de 2013 se había suscrito un acuerdo laboral con la mayoría de la representación de los trabajadores en el que se regulan las condiciones aplicación en dichos centros, con lo que su horario sería desde el 1 de enero al 31 de julio de este lunes septiembre al 31 de diciembre es decir, todos los meses del año, excepto el mes de agosto de

lunes a viernes de ocho a 18:30 horas, con una hora y media para comer.

Libranza de dos tardes rotativas a la semana, realizándose un horario de ocho a 15 horas. Este lunes la voz al 31 de agosto es decir el mes de agosto: de lunes a viernes de 9:45 14:30 horas. Además se indica que tendría las gentes condiciones: complemento indemnizatorio de 2000 € brutos anuales; tres días de permiso adicionales a las vacaciones reglamentarias; abono de comidas los días de trabajo en contrapartida por importe de nueve euros, condiciones que le serían aplicación en tanto se mantuviera la adscripción al referido horario singular, todo ello en los términos que constan en los folios 910 a 912, que se dan por reproducidos.

TRIGÉSIMOQUINTO .- Se dan por reproducidos los folios 913 a 933, consistente en la evolución de la actividad hasta 2014. En fecha de diciembre de 2013 el CLR de Sevilla tenía 32.115 clientes, en diciembre 2014 16.478 y en febrero de 2015 11.802 (folio 936). A fecha de febrero de 2015 había disminuido la inversión bruta del CLR de Sevilla desde la apertura en sí febrero 2013 en un 48% (folio 939).

TRIGÉSIMOSEXTO .- Se dan por reproducidos los folios 922 a 978 consistentes en el plan de migración de la morosidad de la empresa.

TRIGÉSIMOSEPTIMO .- Se dan por reproducidos los folios 979 a 1041, consistente en el informe evaluación de riesgos laborales de la empresa"

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La trabajadora desempeñaba su actividad por cuenta de la empresa demanda en un centro de liquidación y recuperación de la misma sito en la ciudad de Sevilla, siéndole entregada comunicación de 19 de febrero de 2015 por la que se indicaba su traslado desde el 23 de marzo siguiente, a otro centro de trabajo sito en Torrejón de Ardoz, Madrid. Interpuesta demanda en materia de movilidad geográfica, fue desestimada por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla de fecha 27 de junio de 2016. Se alza frente a la misma en suplicación la demandante, aduciendo diversos motivos al efecto.



SEGUNDO.- Propone en primer término al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión. Considera producida la infracción de los artículos 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española, así como 208 y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entiende que la sentencia es incongruente por no haber recogido los importantes beneficios de la entidad demandada en los ejercicios fiscales de 2013, 2014 y 2015, por lo que la orden de traslado no estaría justificada al no existir adversidad económica alguna. No se habría resuelto tampoco la petición formulada acerca de la existencia de discriminación en razón de las circunstancias personales y familiares de la demandante. Continúa realizando una crítica acerca de la falta de mención a determinados extremos que considera pertinentes para la resolución del asunto relacionados con la situación económica de la empresa o con las circunstancias de elección de los trabajadores afectados por los traslados. Acaba por concluir que "Es tal el dislate que sería interminable el desajuste existente en los hechos probados; la fundamentación jurídica y lo resuelto".

El concepto de incongruencia ha venido a ser concretado judicialmente, poniendo de relieve al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013, que " *Debe ser estimando, por tanto, el recurso de casación en este extremo. La jurisprudencia de esta Sala, – contenida, entre otras muchas, en las SSTS/IV 23-julio-2001 (rcud 4554/2000), 29-abril-2005 (rcud 3177/2004), 30-junio-2008 (rco 158/2007), 27-septiembre-2007 (rco 37/2006), 3-diciembre-2009 (rco 30/2009) y 16-diciembre-2009 (rco 72/2009), así como las en ellas se citan –, acorde con la jurisprudencia constitucional, ha establecido que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE) y que hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al proceso en el momento procesal oportuno, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita.*

3.- *Se razona, en especial, en la citada STS/IV 30-junio-2008, con referencia a los precedentes citados y cuyos razonamientos ser asumen, que " ... es constante y reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1CE) y así lo han señalado, entre otras muchas, la STC 20/1982 y la 136/1998, de 29 de junio, que cita a la anterior. A su vez, la ... STC, nº 1 de 25 de enero de 1.999, con cita, entre otras, de las SSTC de que hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al proceso en el momento procesal oportuno para ello; y, entre los diversos supuestos de incongruencia vulneradora del aludido derecho fundamental de defensa, incluye la antes invocada STC 136/1998 la incongruencia interna y la incongruencia por error, siendo precisamente esta última la que se ha producido en el caso que enjuiciamos'. En este sentido y ante supuestos análogos al aquí debatido, también se han pronunciado las sentencias de esta Sala de 21 de marzo y 23 de diciembre de 2002 (recurso 2145/01 y 332/02), 18 de julio de 2003 (recurso 3891/02), 27 de octubre y 18 de noviembre de 2004 (recurso 4983 y 6623/03), señalando esta última sentencia que 'El Tribunal Constitucional viene definiendo la incongruencia omisiva o ex silentio en una consolidada doctrina (sentencia 91/2003, de 19 de mayo y 218/2003, de 15 de diciembre de 2.003, entre otras muchas) como un 'desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido' (SSTC 136/1998, de 29 de junio y 29/1999, de 8 de marzo) que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación 'sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal (STC 215/1999, de 29 de noviembre). Lo que en el supuesto de la incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando 'el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales' (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero 2003)".*

La sentencia recurrida recoge sin embargo treinta y siete hechos probados, que no pueden considerarse en absoluto insuficientes para la resolución de las cuestiones planteadas en el recurso, máxime si se aprecia que respecto de la modificación de dicho relato de hechos, la trabajadora tan sólo solicita la rectificación por ampliación de uno de los mismos, apareciendo centrada además en unas cifras de beneficio empresarial que resultaban por su parte mencionadas en la propia sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de marzo de 2016 cuyo contenido se transcribe a efectos de fundamentar la resolución dictada.



Por lo que se refiere a la fundamentación jurídica, la sentencia recurrida establece un adecuado resumen de las pretensiones de las partes y expone los razonamientos que considera oportunos en relación a cada uno de los mismos, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que entiende aplicable al caso planteado. Entre dichas cuestiones resueltas se encuentran igualmente las referidas a las alegaciones sobre discriminación por razón de enfermedad de la trabajadora, así como a las de eventual existencia de mobbing por parte de un superior, resultando ambas descartadas en torno a los elementos que al respecto vienen a considerarse.

No cabe apreciar por lo tanto la incongruencia alegada, con independencia de la consideración que merezcan a la parte los argumentos expuestos al efecto por la sentencia de instancia, o la evidente disconformidad que pueda abrigar acerca de la adecuación de los mismos. Ni puede por ello considerarse que se haya producido indefensión alguna de la trabajadora recurrente, la cual ha tenido un conocimiento adecuado de los términos en los que vino a desestimarse la pretensión entablada, quedando así facultada para el planteamiento de la defensa de sus intereses jurídicos. Debe desestimarse en consecuencia, el motivo de recurso aducido.

TERCERO.-Propone igualmente y al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, proponiendo el añadido al hecho probado 26º del siguiente párrafo: "*Que de los informes económicos y documental aportado por la parte actora y por Bankia, se deduce que la demandada en el ejercicio de 2014 obtuvo un beneficio atribuido de 966 millones de euros (esto es un incremento de beneficios del 58% superior al 2013). A septiembre de 2015, su beneficio atribuido era de 855 millones de euros, suponiendo un importante incremento de los beneficios respecto al año anterior, habiendo tomado la decisión del expediente de regulación de empleo por la negativa situación económica de Bankia quien que al acabar el ejercicio de 2012 arroja unas pérdidas de 19.193 millones de euros y a tal efecto, empresa y representante de los trabajadores firmaron en aquel entonces el acuerdo laboral de 8 de febrero de 2012 y en donde se consensuó un número determinado de amortizaciones de puestos de trabajo y de traslados*".

Debe admitirse la modificación propuesta mas sólo en su primera parte referida a los beneficios y pérdidas de los ejercicios que se indican, al resultar los mismos de la documentación invocada al efecto y unida a las actuaciones, debiendo excluirse sin embargo la mención al acuerdo laboral de 8 de febrero de 2013, que ya aparece recogido en los términos específicos de su contenido y extensión en el hecho probado trigésimo de la sentencia de instancia.

CUARTO.-Se plantea además el recurso al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para examinar la infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia, invocando como conculcados los artículos 40.1, 3 bis y 3 ter, así como 55.1 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo; artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no haberse tenido tampoco en cuenta la doctrina jurisprudencial aplicable. Considera que la empresa adoptó la medida sin justificación de las causas económicas negativas, las cuales no se determinan en la comunicación practicada. No se habría tenido en cuenta tampoco el artículo 52.4 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo en orden a la consideración sobre la existencia de personas vulnerables. Se habría infringido asimismo lo dispuesto en el acuerdo de 8 de febrero de 2013 y en el artículo 38 del convenio colectivo acerca de los criterios ponderables antes de tomar la medida de movilidad geográfica en relación con la antigüedad, proximidad y otras preferencias. Pone de relieve que las medidas encubren una reestructuración empresarial en la que se habría seleccionado aquellos trabajadores a los que por razones personales y familiares se les hacía imposible el cumplimiento de la medida, hallándose la trabajadora enferma y con graves problemas familiares relacionados con sus padres, que la empresa conocía. Es por ello que considera que la medida adoptada debería considerarse como injustificada y discriminatoria. No se habrían tenido en cuenta tampoco las bajas producidas en la provincia de Sevilla, que hubieran posibilitado la movilidad de la trabajadora a un punto más cercano a su domicilio.

Se efectúan en el presente motivo de recurso una serie de alegaciones muy variadas que se centran sustancialmente en la producción de una situación discriminatoria respecto de la trabajadora, pero también en otros aspectos relativos a la corrección de la comunicación practicada o a la fundamentación sustantiva de dicha movilidad, los cuales habrán de ser reservados para su examen si procede en el siguiente motivo, en el que también aparecen referenciados. Dentro de tales alegaciones existen algunas que no resultan en absoluto del relato de hechos probados de la sentencia, por lo que su examen deberá por lo tanto descartarse a estos efectos del recurso ante la falta de un sustrato fáctico concreto. Tal ocurre con las afirmaciones relativas a las titulaciones de la actora, a la puntuación interna obtenida por la misma o a la práctica de mobbing por parte de un superior cuyo nombre se menciona, circunstancia ésta que aparece expresamente excluida de consideración por falta de prueba en la sentencia de instancia.

Otras circunstancias en cambio se consideran efectivamente probadas pero no pueden considerarse tampoco como integrantes de la situación de mobbing alegada, al no haber sido originadas por personal de la



empleadora sino por un cliente determinado de la empresa, que increpaba a la totalidad del personal existente en el centro de trabajo en el que se hallaba destinada la trabajadora con anterioridad a ser adscrita al centro de liquidación y recuperación de Sevilla, ya en el año 2013. Difícilmente podrá establecerse una relación de dicha situación con la denunciada en las presentes actuaciones, no pudiéndose por ello admitir como elemento fundamentador de cualquier ataque que hubiera podido producirse contra los derechos fundamentales de la trabajadora.

El mismo criterio excluyente deberá establecerse respecto de la afirmación de que la actuación empresarial habría tenido eventualmente lugar en base a consideraciones sobre la situación familiar de la trabajadora, no constando en modo alguno que fuesen de su conocimiento circunstancias tales como la existencia de problemas matrimoniales entre sus padres o la adopción de medidas de protección de víctimas de violencia de género respecto de su progenitora. Tampoco se aprecia que la empleadora hubiese tenido posibilidad de conocimiento de los padecimientos de salud que vendrían aquejando a los progenitores de la recurrente, de las circunstancias económicas del grupo familiar, ni de las obligaciones de cuidado de aquéllos por razón de enfermedad que hubiera venía a asumir, compartidas o no con su hermano.

QUINTO.- Resta por tanto examinar la eventual incidencia que hubiera tenido la situación de incapacidad temporal sufrida por la trabajadora entre los días 17 de febrero y 6 de marzo de 2015, bajo diagnóstico de anomalía respiratoria. La cuestión ha sido examinada por la última doctrina jurisprudencial, poniendo de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, dictada en relación a una trabajadora despedida en dicha situación cuyos criterios resultan igualmente aplicables, que "*Lo injustificado del despido disciplinario es del todo evidente ya que ninguna responsabilidad por incumplimiento cabe imputar a la trabajadora cuando su ausencia se halla amparada por una incapacidad temporal. El artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores otorga la calificación de improcedencia al despido en el que no se acredita el incumplimiento, reservando la declaración de nulidad de manera específica en sus apartados a) y b) del punto 5 a supuestos específicamente protegidos y de manera general en el encabezamiento del punto 5 en supuestos de discriminación prohibidos en la Constitución, en ninguno de las cuales se encuentra comprendida la situación de la demandante.*

Resta por analizar la posibilidad de que se halle incluida en la noción de discriminación resultante de la vulneración de la Directiva 2000/78 C y de la valoración de situaciones denominadas de discapacidad.

*Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la incidencia que sucesivas resoluciones del TJUE pudieran tener en litigios sometidos a nuestra consideración pudiendo citar las recaídas el 30 de mayo de 2016 (Rcud. 3348/2014), 21 de septiembre de 2017 (Rcud. 782/2016). Las citadas resoluciones se han hecho eco de las SSTJUE dictadas el 11 de julio de 2006 en el asunto Chacón Navas- C 13/05, el 13 de abril de 2013 - asunto Ring acumulados C 335/11 y 337/11 y de 1 de diciembre de 2016, asunto **Daouidi**- C 345/15). Con posterioridad el TSJUE ha incidido nuevamente en la cuestión a través de la sentencia de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero- C 270/16, que reitera el criterio interpretativo sentado en los asuntos acumulados C 335/11 Y 337/11, sentencia de 13 de abril de 2013 conocida como asunto Ring.*

*En la última de las sentencias dictadas por esta Sala, STS de 24-9-2017 (Rcud. 782/2016), se expresaba así la evolución experimentada por comparación entre los acumulados C- 13/15 (Chacón Navas) y los acumulados C- 335/11 y C- 337/11 (Ring) así como en el C- 395/15 (asunto **Daouidi**): "Es elemento inicial en orden a la extensión de la aplicabilidad es la legislación provisional la Directiva 2000/78 de 27-11 cuyo artículo 1 dispone lo siguiente:*

"(art. 1); "se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una ir discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo" (art. 2); "Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos.... (art.3)"

En cuanto a la primera resolución del TJUE dictada sobre el particular, sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), en la que el supuesto de controversia era un despido acordado hallándose la trabajadora en IT la respuesta dada sobre el concepto de discapacidad fue la siguiente:



.- Sobre la cuestión principal y dado que el juez nacional solicita se dilucide si la Directiva 2000/78 en cuanto elemento de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su protección al trabajador despedido exclusivamente a causa de una enfermedad, se señala que debe iniciarse interpretando el concepto de discapacidad a efectos de la mencionada directiva y al respecto se realizan una serie de afirmaciones:

1º.- que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39).

2º.- que el concepto de discapacidad es el siguiente: "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (40)".

3º.- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad (44).

4º.- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45).

5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 200/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).

6º.- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51)."

En cuanto a la respuesta acerca de si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añade a los recogidos en la Directiva 2000/78, el TJUE responde:

"1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" (54).

21.- que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de esta Sala, la dicción de "la enfermedad en cuanto tal" o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva."

En las sentencias posteriores, ambas de 11-4-2013 (asuntos 335 y c 337-2011, Ring) al efectuar una interpretación de la Directiva, 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, se llega a varias conclusiones relacionadas con el contenido de la sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), para concretar que, manteniendo el concepto de discapacidad, ésta deberá mantenerse a largo plazo y que al igual que en aquella sentencia, la enfermedad "en cuanto tal" no constituye un motivo que venga a añadirse a otros respecto a los cuales la Directiva 200/78 prohíbe toda discriminación.

La citada Convención reconoce en su considerando e) que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas "que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

La STJUE de 11-4-2013 siguiendo la pauta establecida por la citada Convención y las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia, señala que "el concepto de "discapacidad" debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Prosigue afirmando que: "41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78.



42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57)."

Al historial del análisis de la Directiva 200/78 se añade la STJUE de 1-12-2016 (395/15), (Daouidi) en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español acerca de un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 200/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias."

Resumiendo la evolución descrita con la incidencia de la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante resolución de 26-11-2009 que dio lugar a una posterior matización, pero siempre insistiendo en la distinción entre "la enfermedad en cuanto tal" y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.

La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de "discapacidad" distinta de "la enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C- 270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a "enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador" sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y resolver el debate de suplicación con la estimación del recurso de igual naturaleza interpuesto por CLECE, S.A., absolviéndola de las costas causadas en dicho procedimiento y con devolución del depósito constituido para recurrir, revocamos la sentencia del Juzgado de lo Social, absolvemos a la demandada de la pretensión principal de despido nulo y estimamos la subsidiaria de despido improcedente condenando a la recurrente a que a su opción readmita a la trabajadora en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia o a que la indemnice en la cuantía legalmente establecida y en todo caso al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución o hasta que hubiera encontrado otro empleo, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado en el pago de los salarios de tramitación en cuanto ésta exceda del límite de noventa días hábiles, sin que haya lugar a la imposición de las costas en este procedimiento a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LRJS, con devolución del depósito constituido para recurrir y dando a las consignaciones efectuadas el destino que legalmente proceda."

No puede apreciarse en el caso de la actora la concurrencia de la discapacidad que la misma invoca en su escrito, ya que no consta de ningún modo el carácter permanente ni la eventualidad de larga duración del proceso padecido, causado como se vio por motivos respiratorios y de duración inferior al mes. Ni puede equipararse tampoco a dicha situación el que la trabajadora venga siendo objeto de seguimiento por el Equipo de Salud Mental correspondiente, ya que no se ha aportado elemento alguno que permita determinar la eventual gravedad de sus padecimientos ni la posibilidad de persistencia de los mismos. Debe recordarse en cualquier caso, que la asistencia prestada viene siendo ambulatoria y que no ha causado proceso alguno de incapacidad temporal, por lo que las posibilidades de conocimiento de dicha situación por parte de la empleadora, o de sus mismos compañeros, son mínimos.

No cabe en consecuencia sino descartar la existencia de una conducta empresarial discriminatoria hacia su persona en razón de su situación de enfermedad, que pudiera dar lugar al pronunciamiento de nulidad de la medida acordada, en los términos previstos por el artículo 138.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Especialmente si se aprecia la circunstancia de que el acto de movilidad geográfica acordada vino a practicarse igualmente en una pluralidad de trabajadores en la empresa, entre los que se encontraban más de una docena pertenecientes al mismo centro de trabajo que la actora, tratándose de hecho de una reorganización del servicio que vino a alcanzar a la totalidad del territorio nacional.

SEXTO.-Se aduce un último motivo de recurso por la misma vía procesal, considerando que la comunicación del traslado habría infringido los artículos 40, 55.1, 53.1 a) y 51.4 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por



Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por carecer de motivación adecuada y no expresar la causa por la cual se acuerda la realización de la medida. Entiende que la mención a la negativa situación económica de la empresa resulta parca e inadecuada, lo que habría ocasionado una situación de indefensión.

La cuestión relativa a la adecuación de la movilidad geográfica acordada, ha sido sin embargo mantenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de marzo de 2016, dictada sobre supuesto en todo análogo al examinado, en la que se vienen a matizar los elementos concurrentes acerca de las causas económicas alegadas en la comunicación de traslado. Establecía la misma que " *Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de declaración de que la orden, de traslado de que a partir del 23 de marzo de 2015 pasaría a prestar sus servicios como comercial en la Oficina 3305 de Manzanares, era injustificada, se alza el demandado (...). El recurrente denuncia la infracción del art. 40 y 51 ET con el argumento de que a marzo de 2015 hay una deuda pendiente de 22.000 millones de euros y que la decisión de movilidad geográfica trae consecuencia del Acuerdo colectivo del 8-2-13 en el ERE. Añade que los beneficios que se van obteniendo traen causa de la reestructuración.*

Se trata de enjuiciar la movilidad geográfica consistente en que el actor "a partir del 23 de marzo de 2015, pasaría el mismo a prestar sus servicios como comercial en la Oficina 3305 de Manzanares" cuando "En el mes de febrero de 2015, como consecuencia de la disminución de la actividad de los CLRs reseñados, debida a la liquidación de posiciones y la necesidad de refuerzo de la plantilla en otras unidades de la demandada, la misma procedió al cierre de 8 de ellos y a la reducción de la plantilla de los restantes. Concretamente, en el CLR de Córdoba donde últimamente venía prestando sus servicios el actor, la demandada redujo su plantilla en 5 puestos." y al igual que el actor "4 de estas personas (entre ellos, el actor) fueron trasladadas a distintas Oficinas de Ciudad Real y su provincia, y la 5ª, por perfil profesional y adaptación de perfil profesional a puesto de trabajo, quedó reubicada en la Oficina de Banca de Empresas de Córdoba." medidas de flexibilidad interna, descritas en en el HP 2º, superpuestas con un despido colectivo, por las mismas causas y añadimos, vigentes al momento de promoción del ERE -año 2012-.

Es requisito indispensable para que el empresario pueda modificar sustancialmente las condiciones de trabajo el que existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya concurrencia se relaciona con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa de modo que hay causa económica no solo cuando existan pérdidas o una disminución persistente de los beneficios, sino también cuando se pretenda mejorar la posición competitiva de la empresa o la productividad, y causa técnica u organizativa cuando se hayan producido cambios en los medios o instrumentos de producción o en los sistemas o métodos de trabajo del personal.

Para la viabilidad de la medida se exige que concurra una circunstancia: que el empresario acredite la concurrencia de una de las causas legales mencionadas, sin que la norma establezca una conexión entre la modificación y la finalidad que por medio de ella se pretende alcanzar, obviamente con los límites de la buena fe, abuso del derecho, fraude de ley y los derechos fundamentales.

Aunque el precepto estatutario - art. 41.1 ET -, tras la reforma de 2012, ya no exige que la medida adoptada contribuya a mejorar la situación de la empresa, sigue siendo aplicable el criterio jurisprudencial según el cual, no hace falta partir de una situación económica negativa; cabe la mejora incluso de lo que ya es bueno (STS 17-5-05 , RJ 9696) lo que supone un distinto tratamiento legal de las decisiones modificativas y de las extintivas dado que los intereses en juego no son los mismos, pues en una supone la pérdida del empleo y la otra un mero cambio en el modo o las circunstancias de ejecución del trabajo.

Es obvio el que no se puede ejercer un control de oportunidad arrogándose la función de sustituir al empresario en la elección de la medida empresarial óptima (STS 8-1-00 , EDJ 78) consistiendo el enjuiciamiento de la decisión modificativa en constatar que la medida adoptada es una de las posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa.

Sostenemos que la desaparición del saldo negativo en el ejercicio en el que se produce la movilidad geográfica, no implica necesariamente que se haya superado la situación económica negativa, pues una situación no es un resultado -pérdidas o ganancias- registrado en un sólo año, por tanto, la situación económica negativa puede persistir en el momento de la movilidad geográfica y seguir aduciendo tanto para extinguir contratos de trabajo como para adoptar medidas modificativas aunque sea en una fecha en que ya se puede constatar un cambio de signo de la evolución económica de la empresa puesto que tales medidas escalonadas fueron las contempladas en un plan de viabilidad redactado meses atrás y con el que efectivamente el equipo gestor está obteniendo la deseada mejora en las perspectivas económico-financieras de Bankia, medida la ahora enjuiciada que no deja de estar legitimada por la causa económica original por el mero hecho de que las medidas ya acometidas hubiesen empezado a demostrar su eficacia.



En el supuesto analizado, en que la sentencia recurrida declara injustificada la movilidad geográfica del actor porque "En el primer trimestre de este año 2015, el beneficio atribuido de la demandada (244 millones de euros) ha crecido un 12,8% con respecto al primer trimestre de 2014" y porque "la demandada, en el ejercicio 2014, obtuvo un beneficio atribuido de 966 millones de euros, un 58,0% superior al 2013 proforma (esto es, excluyendo el coste del préstamo subordinado de BFA y la reexpresión de las cuentas en base al Reglamento CE 634-2014 y la carta de la DG de regulación del BdE del 23 de diciembre de 2014). Y en el primer trimestre de este año 2015, su beneficio atribuido era ya de 244 millones de euros, un 12,8% por encima del correspondiente al primer trimestre de 2014." cuando el ERE se adoptó por "la negativa situación económica de la demandada: precisamente, unas pérdidas de 19.193 millones de euros, con los que acabó el ejercicio 2012, y que están en la base del proceso de reestructuración que avaló el Acuerdo laboral de 8 de febrero de 2013, alcanzado entre la Entidad y la práctica totalidad de la representación sindical de los trabajadores" entendemos que parte de premisas erróneas puesto que obvia, por ejemplo, un hecho notorio. A día de hoy solo se ha privatizado un 7,5% de Bankia reteniendo el FROB un 61%, con lo que la desinversión no se ha realizado y a día de hoy se desconoce cual es el precio real del rescate de Bankia.

En segundo lugar la sentencia no analiza el plan de reestructuración, contexto en el que se acuerda el ERE, y así el plan de reestructuración y ajuste de Bankia, dictado de manera casi íntegra por Bruselas, que es la que pone el dinero en todo el rescate bancario, supuso realizar un recorte del 28% de la plantilla, que pasaría de 20.589 a unos 14.500 empleados, la red de oficinas se reduciría en el 39%, al pasar de 3.117 a una horquilla de entre 1.900/2.000 sucursales y también una quita para los instrumentos híbridos y de deuda del 39% en productos como las participaciones preferentes; del 46% para la deuda subordinada perpetua y del 14% para la subordinada a vencimiento. Con este ajuste, la entidad previó entrar en beneficios en 2015 y deshacerse de la cartera de participaciones industriales, de la división de seguros y pasar en torno a 24.500 millones de euros al Sareb. Además Bankia no podría conceder crédito a promotores y se le limitaría su capacidad de endeudamiento hasta 2014, ni repartir dividendos.

En suma, dado que las necesidades netas de capital de Bankia son de 15.500 millones de euros más 9.000 millones de euros para BFA, y que en el traspaso al Sareb, ya descontado por vía de provisiones y recapitalizaciones anteriores, ello implica que a Bankia se le exigió generar en torno a 28.000 millones de euros en caja en tres años a partir del 2013. De ahí la explicación de los "beneficios" de la sentencia que olvida que todo lo precedente implica un agujero sideral cercano a los 40.000 millones de euros a pagar vía dinero público sin que se pueda concluir, como hace la sentencia, que Bankia goza de una situación positiva puesto que la realidad es tozuda y los escuetos números que se nos relatan no son suficiente para ocultar que Bankia va a seguir mal, sin perjuicio de que se declaren beneficios.

Y Bankia sigue mal, en los términos de las SSTS 17 (2)-9-12, RJ 10276, 10277, dado que los ingresos y los márgenes de intereses, la diferencia entre lo que se cobra por la financiación y lo que se paga por los depósitos, cae más de 600 millones de euros frente al 2012, un 36%. Las comisiones caen otro 14%. El margen bruto de explotación, el core business del negocio, la esencia de cualquier actividad empresarial ha perdido un 31,3%. Su negocio, en números, está hundido pues los ejercicios, desde el año 2013, se han desarrollado en un contexto económico marcado por un escenario de tipos de interés bajo mínimos y reducidos volúmenes de actividad lo que ha marcado negativamente la evolución de los ingresos del negocio bancario básico, principalmente el margen de intereses y las comisiones. Si añadimos, que los ingresos netos por intereses se han reducido, la conclusión es que la rentabilidad de la cartera crediticia se ha ido depreciando a la baja por la caída del euríbor y si el núcleo esencial de su negocio va mal, la situación no es positiva.

El motivo del recurso debemos estimarlo simplemente porque en el 2015 concurre la situación económica negativa al subsistir en el momento de la adopción de la decisión de movilidad geográfica una situación negativa aunque circunstancialmente a la reducción de las pérdidas se añadan datos económicos positivos que permitan augurar una recuperación futura de la empresa. El que de 187 oficinas en Andalucía, se hayan cerrado 128, y que solo en Córdoba se cerraron 9 de las 16 que había en la provincia, mas que se hayan realizado 294 extinciones y se crearan los CLRs, para reubicar a los excedentes y amortiguar el número de extinciones, son medidas que no quedan al margen de la situación negativa, de ahí y que el traslado a una oficina de Manzanares la consideremos justificada al concurrir la misma causa legal que en el resto de medidas descritas.

No entendiéndolo así la sentencia, se revoca, tras estimar el motivo del recurso."

No cabe sino considerar adecuada la medida practicada en la persona de la trabajadora recurrente, al concurrir las causas justificativas de la misma determinadas en la comunicación que se le practicó conforme al artículo 140,1 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, debiendo enmarcarse aquélla en una actuación organizativa empresarial mucho más amplia que vino a afectar a la total estructura de la empresa en el ámbito nacional, derivada de la vigencia de los Acuerdos alcanzados en fecha



8 de febrero de 2013 en el ámbito de la Comisión Negociadora del despido colectivo, cuyo desarrollo debía extenderse hasta el 31 de diciembre de 2015.

No se acredita por último la preferencia que debiera corresponder a la trabajadora en relación a otros compañeros en orden a la no afectación por la decisión de movilidad acordada, en los términos previstos por el artículo 138.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Partiendo de que la elección del trabajador afectado constituye inicialmente una decisión empresarial en cuanto que no se halle viciada en cualquier modo, no se han establecido cuáles pudieran aquéllos criterios de preferencia, ni llamado a juicio los restantes trabajadores que pudieran verse perjudicados, de acuerdo con lo exigido por el precepto de referencia. Las alegaciones de la actora se limitan en este punto a aducir la existencia de un importante número de centros de trabajo objeto de reestructuración en la provincia de Sevilla, así como de bajas de trabajadores en la misma, sin mayor concreción de fechas, categorías y plazas eventualmente vacantes. Resulta claro sin embargo que si las dichas bajas se produjeron, se realizaron a los fines económicos perseguidos y sin el propósito de volver a cubrirlas.

Debe desestimarse en consecuencia el motivo del recurso, y confirmarse la sentencia dictada en instancia.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

I.-Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Ascension contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla de fecha 27 de junio de 2016 en el procedimiento seguido a instancias del recurrente frente a "Bankia SA", Comisión Negociadora de Bankia, y habiendo sido llamado a las actuaciones el Ministerio Fiscal en reclamación sobre movilidad geográfica, confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Asimismo la parte recurrente que no goce del beneficio de la justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos si recurre deberá presentar en esta Secretaría resguardo acreditativo del depósito de 600 euros en la cuenta corriente de "Depósitos y Consignaciones" núm. 4.052-0000-35-2984- 18, abierta a favor de esta Sala en el Banco de SANTANDER, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso y mantener la consignación efectuada en la instancia.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN: En Sevilla a 27 de septiembre de dos mil dieciocho.