



Roj: STSJ CL 276/2014 - ECLI:ES:TSJCL:2014:276

Id Cendoj: 09059340012014100090

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Burgos

Sección: 1

Fecha: 19/02/2014

Nº de Recurso: 2/2014

Nº de Resolución: 89/2014

Procedimiento: RECURSO SUPLICACION

Ponente: CARLOS JOSE COSME MARTINEZ TORAL

Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00089/2014

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 2/2014

Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº: 89/2014

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a diecinueve de Febrero de dos mil catorce.

En el recurso de Suplicación número 2/14 interpuesto por D. Carlos Francisco , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº TRES de Burgos, en autos número 517/2013 seguidos a instancia del recurrente, contra BRIDGESTONE HISPANIA S.A., Esteban , Feliciano , Genaro , Hernan , Jacinto , Justiniano , Lucio , Maximino , Olegario , Prudencio , en reclamación sobre DESPIDO. Ha actuado como Ponente **el Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral**, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 26 de Septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva dice: Que teniendo por desistida a la parte actora frente a Bridgestone Europe NV/ SA y desestimando como desestimo la demanda interpuesta por Don Carlos Francisco contra Bridgestone



Hispania SA, Esteban , Feliciano , Genaro , Hernan , Jacinto , Justiniano , Lucio , Maximino , Olegario , Prudencio , debo declarar y declaro la procedencia del despido d el demandante, absolviendo a los demandados de los pedimentos de la demanda.

SEGUNDO .- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO**.- El demandante, Don Carlos Francisco , ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada desde el 4.7.05 con categoría de especialista, centro de trabajo en Burgos y salario anual en 2012 de 33.956,88 €, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias, en virtud de contrato por tiempo indefinido. Al tiempo de su despido estaba afiliado al sindicato BUB. En sus nóminas no se hacía deducción alguna por cuota sindical. **SEGUNDO**.- El comité de empresa del centro de trabajo de Burgos esta formado por 10 miembros de CCOO, 10 de UGT y 3 de USO. En él se constituyó en 2011 el sindicato BUB, que en el mes de octubre comunicó a la empresa la formación de su sección sindical constituida por 13 miembros, entre los que no se encontraba el actor. De estos trece miembros, 3 se han visto afectados por el despido colectivo. Desde esa fecha ha presentado frente a la empresa tres demandas por vulneración de derechos fundamentales: -demanda presentada el 28 octubre 2011 alegando que la empresa no le proporcionaba los utensilios y herramientas de los que disponían otras secciones sindicales por entender que dicho sindicato no había obtenido representación en las últimas elecciones sindicales. Por sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Burgos del 25 noviembre 2011 se estimó la demanda al considerarse que el acto empresarial constituya un comportamiento antisindical. -demanda presentada interesando el reconocimiento de su derecho a designar un delegado sindical. Fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Burgos de 26 junio 2012 , confirmada por STSJ de Castilla y León, Burgos, de 24 octubre 2012 .-Demanda interpuesta el 25 mayo 2012 estimada parcialmente por sentencia de este Juzgado que declaró el derecho del sindicato repartido folletos o impresos de carácter laboral o sindical sin alterar la producción y a distribuir cualquier otra información sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa. **TERCERO**.- A fecha 30 diciembre 2012, en la empresa, de un total de 3329 trabajadores (de los que 1532 prestaban servicios en la factoría de Burgos), estaban afiliados a algún sindicato 2743, lo que supone un 82,40%, de los que 1141 lo estaban a CCOO, 1172 a UGT, 192 a BUB, 82 a SITB-USO y 156 a ELA. Del total de trabajadores que han sido despedidos en el proceso de despido colectivo por la empresa, 325, el número de trabajadores afiliados a CCOO ha sido de 107, lo que supone un porcentaje del 32,92%, a UGT 151 (46,46%), a BUB 15 (4,62%), a SITB-USO 14 (4,31%) y a ELA 16 (4,92%). De ellos, 52 pertenecían al centro de trabajo de Burgos. **CUARTO**.- Desde aproximadamente cuatro años antes del despido colectivo de la empresa se venían realizando evaluaciones anuales de rendimiento profesional de los trabajadores temporales mediante formularios estandarizados que eran cubiertos por sus jefes directos. En septiembre de 2012 la empresa encomendó a los jefes de cada departamento la realización de una evaluación general de rendimiento profesional de todos los trabajadores en base los mismos parámetros que se aplicaban a los trabajadores temporales, sin indicarles previamente que se realizaba para seleccionar a trabajadores a despedir. La evaluación fue realizada entre septiembre y octubre 12 y en ella se contemplaba una calificación para cada trabajador que oscilaba entre la A y la D, siendo la primera la correspondiente al más alto rendimiento y la segunda al más bajo. Los parámetros de evaluación fueron los que se indican a continuación, señalándose seguidamente las posibilidades de resultado: Uno. Atención a las normas: suele desatenderlas, las cumple voluntariamente, requiere supervisión para cumplirlas, las cumple por convencimiento. Dos. Orden y limpieza: nivel aceptable, nivel bajo, buen nivel, excelente. Es ejemplo para otros. Tres. Colaboración y trabajo en equipo: la rechaza, colabora sin convicción, buena disposición, colaboración voluntaria y activa. Cuatro. Orientación a la calidad: errores frecuentes, algunos errores, diligente y controlado, muy preciso. Cinco. Orientación al desempeño/cantidad de trabajo: deficiente, suficiente, superior a la media, óptimo rendimiento. Seis. Conocimiento y/o manejo de máquina o equipos de trabajo: escaso, adecuado, con conocimiento, óptimo conocimiento. Siete. Capacidad para realizar el trabajo: capacidad baja, buena, requiere ayuda, preparación óptima. Ocho. Comprensión de instrucciones, procedimientos y especificaciones: no las entiende, las entiende pero con un error, raros errores, rápida captación, rápida comprensión y sin errores. Nueve. Comprensión de situaciones: poca percepción e intuición, satisfactoria percepción e intuición, buena percepción e intuición, excelente. Se anticipa problemas. Diez. Iniciativa y capacidad de decisión: ninguna, toma las decisiones imprescindibles, decide y opina, sugiere mejoras con frecuencia. El actor fue calificado con la letra D, considerándose por el evaluador que solía desatender la atención a las normas, que presentaba un nivel bajo de orden y limpieza, que colaboraba sin convicción en el trabajo en equipo, que presentaba algunos errores en la orientación a la calidad, que el resultado era deficiente en la orientación al desempeño/cantidad de trabajo, el conocimiento y/o manejo de máquina o equipos de trabajo era escaso, que tenía una capacidad baja para realizar el trabajo, que no entendía instrucciones, procedimientos y especificaciones, que tenía poca percepción e intuición para la comprensión de situaciones y que no tenía ninguna iniciativa y capacidad de decisión. Durante la vigencia de su relación laboral, el actor fue amonestado por escrito el uno de junio de 2010 por incumplimiento de su horario de trabajo, el 27 agosto 2010 por incumplimiento del método de trabajo con riesgo grave de ruptura de la trazabilidad y



el 28 noviembre 2012 por causar desperfectos en la maquinaria y en las instalaciones. **QUINTO.**- Con fecha 6 noviembre 2012 se inició procedimiento para la extinción colectiva de diversos contratos de trabajo que finalizó con un acuerdo suscrito el 5.12.12 entre la empresa y los sindicatos CCOO y UGT, mayoritarios en el Comité intercentros, donde cuentan con 10 miembros de un total de 13, el cual fue refrendado por la mayoría de los trabajadores de los distintos centros. En él se establece que la concreción de los trabajadores afectados por el despido será competencia exclusiva de la empresa, no obstante la cual no aplicará el criterio número tres de los inicialmente incluidos para los grupos profesionales de producción y servicios de fabricación en el escrito de comunicación del inicio del periodo de consultas y asimismo, la identificación de afectados se realizará de manera que no se reduzca el porcentaje de mujeres en la plantilla de la empresa. Tales criterios, excluido el número tres, son los siguientes: 1º Se considerarán conjuntamente los ocupantes de todos puestos del grupo profesional. 2º De entre ellos, se elegirá preferentemente a los trabajadores con menor capacidad y/o rendimiento en su puesto de trabajo (i. e.: aquéllos que no alcanzan el desempeño mínimo requerido según la correspondiente evaluación interna). 3º Como criterio de cierre, en los supuestos donde a pesar de la aplicación de los anteriores criterios, no hubiese resultado posible concretar los trabajadores definitivamente afectados por concurrir varios en igualdad de valoración, se elegirá a aquéllos con menor antigüedad hasta cubrir el número necesario. 4º En todo caso, los trabajadores con capacidad y/o rendimiento superior al normal se excluyen aunque les fuera de aplicación el criterio de cierre. 5º En todo caso, en la fábrica de Bilbao, debido al volumen del ajuste, debe asegurarse un número suficiente de ocupantes de determinados puestos clave del grupo profesional, críticos para la operativa de la planta. Si fuera necesario para mantener la cobertura de estos puestos clave, sus ocupantes serán también excluidos de la aplicación del criterio de cierre del punto 3. Igualmente se estableció una indemnización para los trabajadores afectados de 42 días de salario por año el servicio, prorrogándose por meses los períodos inferiores a un año con un límite de 42 mensualidades y que en aquellos casos en que, por haberse excedido el máximo de 180 días de prestación, algún trabajador no pudiera recuperar la prestación de desempleo consumida en los ERES suspensivos, la empresa abonaría el importe correspondiente esos días de exceso. El salario considerado a efectos del cálculo de la indemnización sería el salario anualizado teórico según calendario con cuantías actualizadas a 30 noviembre 2012. **SEXTO.**- Con fecha 13 diciembre 2012 la empresa comunicó al actor su despido con efectos de 31 diciembre 2012 en virtud de escrito que obra como documento número uno de la parte demandada y se da por reproducido. Tal despido fue comunicado a la sección sindical de BUB el 12.12.12. **SÉPTIMO.**- El número de trabajadores despedidos en total fue de 325, de los cuales 52 lo eran del centro de trabajo de Burgos. Todos ellos obtuvieron una calificación D en la evaluación de rendimiento profesional. Ninguno de ellos era mayor de 50 años, no constando ningún trabajador superior a dicha edad que hubiese obtenido la citada calificación. **OCTAVO.**- El acuerdo de despido colectivo contemplaba un plan de recolocación externa así como una preferencia de reingreso en virtud de la cual "todos los trabajadores dados de baja dispondrán de una preferencia de ingreso en la compañía en caso de que se produzcan en el futuro vacantes de su grupo profesional en cualquiera de las plantas. Esta preferencia operaría frente a cualquier persona que no haya formado parte previamente de la plantilla de la empresa. Esta preferencia se aplicará en cualquier tipo de contratación, temporal o permanente, si bien el orden de contratación entre los beneficiarios se fijara exclusivamente en función de las necesidades y criterio de la empresa". **NOVENO.**- El art. 30.3.2 del convenio colectivo de la empresa demandada dispone: "El trabajador, aún cuando la modalidad contractual lo permitiese legalmente, no podrá permanecer en régimen de temporalidad más de dos años, por lo que alcanzado este límite temporal adquirirá la condición de fijo de plantilla. Este límite no se aplicará respecto a los contratos de relevo". El 20.2.12 se acordó por la representación de la empresa y de los trabajadores la suspensión de la vigencia de dicha disposición hasta el 31.12.12. **DÉCIMO.**- Dentro del centro de Burgos, en julio y agosto de 2013 se convirtieron en indefinidos siete contratos de relevo y entre febrero y junio de 2013, 31. Entre octubre 2012 enero 2013 se convirtieron en indefinidos 39 contratos, de los que 22 eran de relevo, 15 de obra o servicio determinado y dos de ingenieros en prácticas. En enero de 2013 fueron convertidos en contratos de relevo ocho contratos de obra o servicio y tres en prácticas. En julio de 2013 se produjeron seis contrataciones en el almacén de productos terminados; dos de esos contratos fueron con trabajadores despedidos en diciembre y otros cuatro con eventuales despedidos antes de diciembre. Un trabajador solicitó la baja voluntaria y su adhesión a las condiciones del ERE, lo cual no fue admitido por la empresa. **UNDECIMO.**- En impugnación del despido colectivo se plantearon sendas demandas ante la Audiencia Nacional. Una, interpuesta por el sindicato ELA y determinados miembros del comité de empresa y otra interpuesta por diversos trabajadores de la empresa y miembros del comité de empresa en el centro de Burgos. La segunda fue desestimada al apreciarse falta de legitimación activa de los demandantes. La primera fue desestimada por sentencia firme de 11 marzo 2013 que declaró la inexistencia de grupo empresarial, que el rendimiento examinado a efectos de selección no se contempla en términos patológicos, que se negoció de buena fe durante el periodo de consultas y que las circunstancias acreditadas en la empresa se adecuan razonable y proporcionalmente con las extinciones decididas. **DUODÉCIMO.**- El actor no ostenta cargo de representación legal o sindical de los trabajadores. **DECIMOTERCERO.**- Con fecha 12.2.13 se celebró acto de conciliación ante la UMAC en virtud de papeleta de 25.1.13, que concluyó sin avenencia. **DECIMOCUARTO.**-



Con fecha 2.4.13 se interpuso demanda que fue turnada a este Juzgado. La parte actora ha desistido respecto a Bridgestone Europe NV/SA.

TERCERO .- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación D. Carlos Francisco siendo impugnado por la contraria BRIDGESTONE HISPANIA S.A.,. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO .- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia, que ha desestimado las pretensiones de la demanda, se recurre en Suplicación por la representación de la actora, con tres primeros motivos de recurso, con amparo en el Art. 193 b) LRJS . Al respecto, conviene señalar que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

A/ Se solicita en primer lugar que se adicione al hecho probado octavo lo siguiente : " El preceptivo Informe de la Inspección de Trabajo , de fecha 27 de diciembre de 2012, que se incorporó al expediente de regulación de empleo de la demanda reconoce que sin que constara por escrito en el ERE pero según se deducía de la lectura de las actas del periodo de consulta y de las declaraciones de los representantes de los trabajadores , se deduce que el primer criterio de selección del personal afectado por el expediente de regulación de empleo era el de la edad, de manera que los empleados mayores de 50 años quedarían fuera del ámbito de aplicación del ERE". Fundamenta tal revisión en los folios 241 y ss. Informe de la Inspección de Trabajo. Tal motivo del recurso debe de ser desestimado pues en primer lugar el Informe de la Inspección de Trabajo, cuando en el mismo se recogen manifestaciones de personas, en este caso los representantes de los trabajadores, no tendría la condición de prueba documental sino testifical documentada y por lo tanto no sería idóneo para fundamentar la revisión de hechos probados, que solo lo es la prueba documental y pericial Artículos 193 b) y 196.3 de la LRJS . Por todo lo cual este primer motivo del recurso debe de ser desestimado.

B/ Con igual amparo procesal se solicita que se adicione un nuevo hecho probado noveno, proponiendo la siguiente redacción "El Informe de la Inspección de Trabajo recoge que los trabajadores desconocían los resultados de la evaluación interna de su desempeño y que la documentación presentada por la empresa ante la Inspección de Trabajo no consta la relación de trabajadores afectados por el ERE, cuya cumplimentación es obligatoria". Fundamenta tal revisión en los folios 241 y 242 del Informe de la Inspección de Trabajo. Tal motivo del recurso debe de ser desestimado por el mismo argumento antes expuesto y es que lo que se pretende es que se recoja como hecho lo manifestado por los representantes de los trabajadores, por lo que estaríamos ante una prueba testifical documental. Por todo lo cual y en base a lo antes expuesto también procede desestimar este motivo del recurso.

C/ Como tercer motivo del recurso se solicita la rectificación del ordinal tercero y se sustituyan los porcentajes que en el mismo se reflejan los siguientes "En el centro de trabajo de Burgos donde había 1532 trabajadores



se extinguieron 51 contratos por ERE. A nivel de centro de trabajo de Burgos a 31-12-2012 UGT contaba con 516 afiliados, extinguiéndose el contrato de 16 de ellos por ERE, CCOO con 512 afiliados, extinguiéndose el contrato de 14 de ellos por ERE u BUB contaba, contaba en la Sección Sindical de Burgos con 192 afiliados , afectando el ERE a 15 de sus afiliados" . Y ello porque entiende que existe un error en los datos reflejados por el Magistrado de instancia en el Hecho Probado tercero. Tal motivo de revisión debe de ser desestimado, pues los porcentajes declarados a los que se refiere el citado hecho probado en la sentencia recurrida se refieren a la totalidad de los trabajadores afiliados a los distintos sindicatos en la empresa Bridgestone Hispania SA y el porcentaje de los despedidos, pretendiendo la parte recurrente sustituir tal hecho por la afiliación y despedidos en el Centro de Burgos, que son datos y elementos de comparación distintos. Por lo que no habiendo quedado probado de la prueba documental citada error alguno en lo declarado probado por el Magistrado de instancia en el Hecho Probado Tercero, procede también desestimar este motivo del recurso.

SEGUNDO: Como motivo cuarto de recurso, con amparo en el Art. 193 c) LRJS , se denuncia infracción de lo dispuesto en los artículos 1 , 2.1 d) 12 , 15 de la LOLS , 51.2 y 53.4 del ET , 96.1 , 122.2.a) y b) , 124.2.c) y d) y 124.13 c) párrafo primero y segundo de la LRJS y 6.4 y 7.2 del CC sobre fraude de ley y abuso de derecho , axial como 14, 24 y 28.1 de la Constitución Española. Y ello porque argumenta la parte recurrente el despido operado sobre la parte actora supone una frontal vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, al haberse actuado por la empresa de forma discriminatoria frente a los trabajadores del sindicato BUB siendo el actor una persona especialmente activa en dicho sindicato.

Con arreglo al artículo 181 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , dentro del capítulo que regula la tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales, en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Conforme el artículo 2 de la Ley Orgánica 11/85 de 2 de agosto de Libertad Sindical , tal libertad comprende el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección, así como el derecho a la actividad sindical. La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en sentencias como la de 1 de febrero de 2005 (RTC 2005/17), viene entendiendo que "el derecho a la libertad sindical proclamado por el artículo 28.1 CE garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical, de suerte que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si el trabajador resulta perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa, para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, constituye una "garantía de indemnidad", que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre [RTC 1981/38], 17/1996, de 7 de febrero ; 74/1998, de 31 de marzo [RTC 1998/74], 30/2000, de 31 de enero , 173/2001, de 26 de julio [RTC 2001/173], 111/2003, de 16 de junio , y 79/2004, de 5 de mayo [RTC 2004/79])".

"Debe igualmente traerse a colación -sigue diciendo el Tribunal Constitucional en la sentencia citada- la doctrina sentada por este Tribunal ya desde su temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre , acerca de la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho a la libertad sindical frente a posibles actuaciones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales, como recuerda la STC 74/1998, de 31 de marzo . Y es que "la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador". Y es que "precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (hoy recogida en los artículos 96 y 179.2 LRJS (SSTC 38/1981 , 37/1986 [RTC 1986/37], 47/1985 , 114/1989 [RTC 1989/114], 21/1992 , 180/1994 [RTC 1994/180] y 136/1996 [RTC 1996/136], entre otras). La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria".

"El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986 [RTC 1986/38]), principio de prueba dirigido a poner de



manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 166/1987 [RTC 1987/166] 114/1989 , 21/1992 , 266/1993 [RTC 1993/266], 293/1994 [RTC 1994/293], 180/1994 y 85/1995 [RTC 1995/85]). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, añadíamos, "sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales".

En el presente caso, el actor no ha aportado ningún indicio de que los criterios de selección utilizados por la empresa para extinguir su contrato de trabajo pudieran haber vulnerado su derecho fundamental a no ser discriminados debido a su afiliación sindical en concreto al sindicato BUB. El número de trabajadores que han sido despedidos son los que se reseñan en el hecho probado tercero, concretándose el porcentaje por afiliación sindical .Y así, en concreto, el porcentaje de trabajadores despedidos que estaban afiliados al sindicato al que lo esta el actor es el 4,62% que es inferior al de CCOO 32,92%, UGT 46,46%, ELA 4,92% . De otra parte constan acreditados los criterios de afectación del personal para ser extinguidos sus contratos de trabajo seguidos por la empresa sin que de dichos criterios se desprenda ningún motivo de discriminación, pues para determinar realmente si hay una discriminación representación se debería haber aportado datos de una desproporción de despedidos entre los afiliados al sindicato BUB.

Por ello, si estos indicios de discriminación , manifiesto abuso o fraude en la elección del actor para causar baja en la empresa a resultas de un expediente de regulación de empleo, no existen, ya que la extinción de contratos llevada a cabo afectó a gran número de trabajadores entre los que se encontraban afiliados y no afiliados a distintos sindicatos y no solo el actor, no procede la inversión de la carga de la prueba prevista en el Art 96.1 de la LRJS para imponer a la empresa la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

No habiéndose acreditado la existencia de indicios de discriminación no puede ser calificada la decisión empresarial de despido nulo respecto del demandante. Y así lo ha entendido también el Ministerio Fiscal en su informe. Por lo tanto este motivo del recurso debe de ser desestimado.

TERCERO: Con el motivo quinto de recurso, con igual amparo procesal del Art. 193 c) LRJS , se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente lo dispuesto en los artículos 3.1 e) del Real Decreto 1483/2012 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despidos colectivos y suspensiones de contrato y reducción de jornada , inaplicación del Art 6.4 y 7.2 del CC sobre fraude de ley y abuso del derecho infracción del Art 51.2 y 24 de la CE , pues entiende que los criterios de selección de los trabajadores son discriminatorios y tienen un criterio de subjetividad.

Debemos comenzar recordando que tal y como se declara probado en la sentencia recurrida con fecha 28 de diciembre de 2012 se presentó demanda ante la Audiencia Nacional por el sindicato ELA y determinados miembros del Comité de Empresa contra Bridgestone Hispania SA, Bridgestone Europa SA, Brigestone Corporación SA y otros impugnando el despido colectivo que dio lugar a los Autos 381/12 habiéndose dictado sentencia con fecha 11 de marzo de 2013 , que es firme. Declarando entre otros extremos que en cuanto a los criterios de selección el rendimiento examinado no se contempla en términos patológicos sino que es una herramienta para seleccionar a los trabajadores lo que constituye una medida razonable y objetiva . Y es que los criterios de selección ya fueron enjuiciados en la citada sentencia entendiéndose que eran ajustados a derecho , sentencia que es firme , tal y como se razona en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida, a la cual nos remitimos. Por lo que sería de aplicación el efecto positivo de cosa juzgada y así expresamente se contempla en el en el Art 124 .13 b) 2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en redacción dada por el Art 11 del RDL 11/2013 de 2 de agosto en vigor al momento de dictarse sentencia y que ya se contemplaba en la anterior redacción en el citado artículo apartado 13 b). En consecuencia solo cabría pronunciarnos si se ha producido una discriminación como alega la parte recurrente en relación con la elección individual del actor para ser despedido.

Motivo del recurso que también debe de ser desestimado pues, aparte de lo antes ya señalado, la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario cuando además expresamente así se pacto y fue refrendado por la mayoría de los representantes de los trabajadores, su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios (artículo 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores). Y



en el presente supuesto no se ha aportado dato alguno por el que podamos llegar a la conclusión que el actor ha sido discriminado o ha concurrido un fraude de ley o abuso del derecho lo que debe de ser en todo caso probado por quien lo alega lo que no se ha probado por la parte recurrente.

Por todo lo cual tal y como antes se ha señalado este motivo del recurso debe de ser desestimado.

CUARTO: Finalmente, como motivo sexto de recurso, también con amparo en el Art. 193 c) LRJS, se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente los articulados 53.4, 53,5 y 56 del ET, 122.2 y 124.13 de la LRJS, artículos 6.4 y 7.2 del CC sobre el fraude de ley y abuso del derecho, así como los artículos 14, 24 y 28.1 de la CE. Se solicita la nulidad del despido por haber sido fraudulento el proceso de selección y que es discriminatorio la decisión empresarial de despedirle vulnerándose con ello el Art 14 de la CE, alegando también el actor una prioridad de permanencia.

En relación a la elección de los trabajadores a los que se les extingue su contrato lo alegado por de el recurrente colisionan inicialmente con la propia doctrina judicial contenida, por muchas, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15.10.2003, en la que se indicó que "*... la selección de los trabajadores afectados por los despidos objetivos del Art. 52.c. Estatuto de los Trabajadores corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de Ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios ...*", por lo que "*... únicamente si se acusa un panorama discriminatorio, o si se prueba por parte de quien lo alega fraude de Ley o abuso de derecho, cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto o actos de despido sometidos a su conocimiento. Todo ello, sin perjuicio de la preferencia de permanencia en la empresa de los representantes legales de los trabajadores, que en el ordenamiento legal español es la única expresamente establecida ...*". Por consiguiente, solo en estos supuestos de fraude de ley, de abuso de derecho o de selección discriminatoria puede entrarse a examinar la corrección del criterio de selección seguido por la empresa.

Y aparte de ello, en los mismos términos que refleja la sentencia impugnada, tampoco cabe entender que medie en autos indicio alguno del que inferir, ni indiciariamente, el concurrir en el despido del demandante el propósito discriminatorio o trato arbitrario que denuncia. El trabajador que se cree perjudicado debería suministrar entonces indicios de que la decisión empresarial constituye responde, en realidad, a un propósito discriminatorio, lo que trasladaría al empresario la carga de probar que la medida adoptada responde a una motivación objetiva y razonable ajena a toda intención represiva, de conformidad con las reglas de distribución de la carga probatoria en los supuestos de posible discriminación o vulneración de derechos fundamentales lo que el actor no ha aportado.

Por lo que respecta a la prioridad de permanencia en la empresa según establece el párrafo segundo del artículo 52c) del Estatuto "Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado" (que, y por remisión a lo señalado en el 51.1 de la misma Ley, contempla el despido objetivo por causas económicas, técnicas u organizativas). Se trata de un derecho legalmente reconocido en el artículo 68.b del ET, pero es que el actor no ostenta la condición de representante legal de los trabajadores, por lo que no tendría tal derecho de prioridad de permanencia en la empresa, sin que además el demandante fundamente en base a que norma o acuerdo alcanzado tendría tal derecho. Por todo lo cual y con remisión también a lo ya argumentado en la contestación de los anteriores motivos del recurso, pues estos son muy similares, no solo en las normas citadas como infringidas, sino también en la argumentación jurídica, procede la desestimación de este motivo del recurso. Y procede con ello confirmar la sentencia recurrida al no infringirse por estas las disposiciones citadas como indebidamente aplicadas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por D. Carlos Francisco, frente a la sentencia de fecha 26 de Septiembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social Nº TRES de Burgos, en autos número 517/2013 seguidos a instancia del recurrente, contra BRIDGESTONE HISPANIA S.A., Esteban, Feliciano, Genaro, Hernan, Jacinto, Justiniano, Lucio, Maximino, Olegario, Prudencio, en reclamación sobre DESPIDO, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y



221 de la L.R.J.S ., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley .

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S ., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley , salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz nº 15 de Burgos, - en cualquiera de sus sucursales, con el nº 1062/0000/65/000002/2014.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ