

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 2968/2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Florentino Egvaras Mendiri

RECURSO N°: 2968/09

N.I.G. 48.04.4-09/003103

SENTENCIA N°:

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO

En la Villa de Bilbao, a DIECINUEVE de enero de dos mil diez.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Iltmos/a. Sres/a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta DON FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y DOÑA ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por PANDA SOFTWARE SPAIN S.L.U. contra la sentencia del Jdo. de lo Social nº 7 (Bilbao) de fecha diez de Junio de dos mil nueve, dictada en proceso sobre (DSP despido), y entablado por Andoni Suarez Alvarez frente a FOGASA y PANDA SOFTWARE SPAIN S.L.U. .

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado/a D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- El actor, D. Andoni Suarez Alvarez , mayor de edad, con DNI N° NUM 000000A , ha venido prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa demandada con categoría de Operador de ordenador, antigüedad de 2/1/2008 y salario mensual de xxxxx euros con pp. pagas extras.

SEGUNDO.- La empresa se dedica a la actividad de la configuración de programas informáticos y se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Bizkaia para los años 2006-2008, publicado en el BOB de fecha 9 d enero de 2008.

TERCERO.- La empresa cuenta con una plantilla de unos 500 trabajadores, sin que se haya promovido expediente de celebración de elecciones sindicales.

CUARTO.- El actor permaneció en situación de IT del 23/10/2008 al 2/1/2009.

Con fecha 2/2/2009 el actor remitió un correo electrónico a la empresa (gestión de personal), en el que se comunicaba la próxima formación de un enlace sindical y que en breve se celebrarían elecciones sindicales, siendo el contenido de la citada comunicación el siguiente:

"Hola, como ya sabéis soy Andoni Suarez Alvarez técnico de 3º nivel de soporte GD. El motivo de este correo es poner en aviso a la empresa de que en algunas semanas se recibirá un aviso del ministerio de trabajo avisando de que se ha formado un enlace sindical y que en breve se procederá a las elecciones pertinentes. De momento no tengo grupo pero creo que podré reunir a 12 personas más para este propósito. La intención de este correo no es la de amenazar a la empresa ni es mi intención que parezca tal cosa. el motivo de organizar el enlace es que creo que hay cosas que se

pueden y deben cambiar, desde mi punto de vista existen algunas injusticias que los trabajadores de manera individual no podemos combatir y ante las que estamos indefensos. Por tanto y sin animo de hacer perder más vuestro tiempo. Se despide atentamente Andoni ."

QUINTO.- El actor permaneció de vacaciones del día 2 al 9 de febrero. Con fecha 9/2/2009 el actor recibe carta de despido con el siguiente contenido:

"Por medio de la presente le comunico que la Dirección de la Compañía, al amparo de lo dispuesto en los apartados d) y e) del artículo 54.2º del Estatuto de los Trabajadores , ha tomado la decisión de extinguir su contrato de trabajo con efectos desde la recepción de la presente.

Las causas que han motivado esta decisión han sido la disminución continuada y voluntaria de su rendimiento normal en el trabajo, disminución que se hace patente tanto en relación con su rendimiento anterior en la Compañía, como en comparación con el rendimiento de sus compañeros que desempeñan labores similares a las que vienen desarrollándose por usted.

Este manifiesto descenso de su rendimiento actual, que lo sitúa muy por debajo del rendimiento normal en la Empresa, supone además una transgresión de la buena fe contractual en el desempeño de su trabajo, por la que usted está obligado a desempeñar las obligaciones concretas de su puesto de conformidad con la buena fe y con la diligencia debida.

Todo lo anteriormente expresado implica la concurrencia de causas de despido por disminución continuada y voluntaria de su rendimiento de trabajo normal, y por la transgresión de la buena fe contractual, por lo que la Dirección de la Compañía se ha visto obligada a tomar la decisión de extinguir su contrato de trabajo.

Asimismo, a partir de este momento a partir de este momento tiene a su disposición, en el Departamento de Personal de la Compañía su liquidación de haberes correspondiente hasta el día de la extinción de su contrato.

Le ruego que proceda a devolver el duplicado de la presente carta firmada por usted a los únicos efectos de acreditar su recepción. "

SEXTO.- Con fecha 25/2/2009 el actor recibe burofax fechado el 11/2/2009 reconociendo la improcedencia del despido, indicándole el depósito de la cantidad de XXXXX euros en concepto de indemnización en la cuenta de el Juzgado de lo Social nº 7.

SÉPTIMO.- Con fecha 6/3/2009 se interpuso por el actor papeleta de conciliación previa, celebrándose el acto sin efecto el 24/3/2009.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando la demanda presentada por D. Andoni Suarez Alvarez contra PANDA SOFTWARE SPAIN S.L.U. y FOGASA, sobre despido, declaro el mismo NULO, condenando a la demandada PANDA SOFTWARE SPAIN SLU a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la readmisión."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El Juzgado de lo social nº 7 de Bilbao dictó sentencia el 10-6-09 en la que estimó la demanda interpuesta por el trabajador, y declaró que su despido era nulo, por vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical, y ello después de realizar un pormenorizado relato de hechos donde se enlaza el correo remitido por el trabajador a la empresa el 2-2-09, y el cese en el trabajo el mismo día 9, del mes y año indicado, cuando se reincorporó de sus vacaciones, deduciéndose de su proximidad un indicio suficiente a la vulneración del derecho indicado, el que se describe de manera laboriosa a través de la fundamentación jurídica, para concluir que nada consta sobre el

presunto incumplimiento del trabajador relativo a la disminución de su actividad profesional.

SEGUNDO

Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la empresa, y en un único motivo, por la vía del apdo. c) del art. 191 LPL, denuncia la infracción de los arts. 28 CE, y 96 y 179,2 LPL. El argumento básico que viene a sostener es que no ha existido ningún despido por represalia o contra la actividad sindical, y ello porque, en primer término, es la causa del cese la disminución de la actividad del trabajador; segundo, no existe indicio alguno del que deducir una conducta conculcadora de un derecho fundamental; y, tercero, el demandante ni ha participado en elecciones sindicales ni ostenta cargo de representación unitaria o sindical. En síntesis, e ilustrando con diversa doctrina jurisprudencial cada uno de sus planteamientos, la empresa fundamenta su motivación en los puntos que hemos establecido.

Además de remitirnos desde ahora a cuanto consta en la sentencia recurrida, hemos de precisar que, como es bien conocido, el derecho a la libertad sindical del art. 28 CE comprende la actividad de ejercitar la sindical, que se traduce en el derecho a fundar sindicatos, pertenecer a los mismos, y desarrollar todas aquellas cuestiones precisas acordes con la actividad sindical. Este es el contenido esencial, admitiéndose otro de carácter accesorio, referente, básicamente, a la promoción de elecciones, participación en órganos de representación, acceso a medios de difusión e instrumentalización de los idearios y prácticas sindicales, y concretas manifestaciones de cada uno de los postulados anteriores. Se desarrolla, por tanto, la actividad sindical en una amplia gama referente no solo a la intervención dentro de un sindicato, sino al ejercicio de todas aquellas actividades que suponen una integración de ese derecho general que es el sindical, y entre sus contenidos la posible promoción de elecciones sindicales de las que pueda deducirse la representación unitaria o sindical, aparte de la posible implantación que esta última tiene por los mecanismos admitidos dentro de nuestro derecho, art. 7 CE en relación a la LOLS. Esos contenidos básicos, tanto principal como accesorio, que comprende las facultades adicionales en el ejercicio del derecho (TC 18-10-08), implica, al menos en nuestra normativa más reciente un elemento importante de ruptura, por cuanto que la antigua relación de trabajo se convierte en un contrato de trabajo, y este se proyecta en su manifestación social, mediante la articulación de metodologías plurales, de las que se desprenden las organizaciones que como actores de nuestro entramado desarrollan sus derechos. Desde esta perspectiva el que no se trate con la protección del derecho fundamental de garantizar el mismo de forma etérea, declarativa, dogmática o enunciativa, sino que se plasme la seguridad del derecho en un ejercicio eficaz y real, excluyendo los posibilismos, y cimentando un cauce de preservación que garantice frente a simples aseveraciones su plasmación efectiva. De aquí el que se haya elaborado un cauce fruto de la propia experiencia, que consiste en invertir la carga de la prueba dentro del proceso.

En efecto, como ya hemos indicado, no es sólo la sustantividad del derecho, que en parte ya es más que suficiente, sino la preservación de su utilización, pues fácilmente el contenido teórico del derecho fundamental puede quedar controvertido en las vías de hecho sino se mecaniza un cauce de seguridad en su ejercicio. En definitiva, si el ejercicio del derecho supone para el trabajador un riesgo, el mismo es desconocido y carece de eficacia, por lo que se requiere el medio eficiente por el cual el hipotético riesgo de perjuicio quede en lo posible limitado. Es por ello que la inversión en la carga probatoria implica que manifestados indicios suficientes de una posible violación del derecho fundamental, corresponda al sujeto al que se le imputa la conducta antijurídica el que deba incorporar los elementos de prueba necesarios para satisfacer por un cauce suficiente un juicio sobre su conducta suficiente para acreditar cualquier tilde de conculcación del derecho básico (TC 2 de noviembre de 2004). Y es, por ello, que se le grava al trabajador con la presentación de esos indicios, y si los mismos tienen entidad suficiente, inmediatamente, se trasmite al empleador la carga de incorporar la prueba de una conducta ajustada a derecho y en la que no quepa traslucir ninguna conducta de represalia, cercenación o transgresión del derecho básico, en este caso el sindical. Para atender a esos indicios, frente a lo que manifiesta el recurrente, si que es un instrumento necesario la ponderación de todas las conductas interconcurrentes, pues manifestándose

el ámbito social en una pluralidad de actos, es en muchos casos difícil el desmembrar aquellos en los cuales existe un ejercicio del derecho ordinario, de aquellos otros en los que se manifiesta una conducta de transgresión. Así, el elemento temporal sirve de denuncia de la posible causalidad de las conductas, puesto que la elección racional que se lleva a cabo se hace sobre postulados previos y sobre resultados, y, a ello debe unirse la ponderación de la proporcionalidad de los instrumentos articulados, en relación a la propia conducta llevada a cabo, y, sobre todo el ejercicio que se ha realizado del derecho fundamental. En definitiva, se trata de ponderar la racionalidad del cese del trabajador, en función del equilibrio entre el ejercicio de potestades, derechos o facultades en el desarrollo del contrato de trabajo, según establece la legislación ordinaria frente a la calificación del ejercicio del derecho fundamental, y su encadenación con la conducta empresarial. No es indiferente ni la actividad llevada a cabo por el demandante ni las consecuencias que ella ha tenido dentro del ámbito del contrato de trabajo, el que, a su vez, se debe contemplar desde la multiplicidad de manifestaciones que contiene, entre ellas el ejercicio del derecho a la promoción de elecciones, de búsqueda de los medios de representación sindical, o unitaria dentro del marco empresarial en el que se lleva a cabo la actividad por cuenta ajena.

En resumen, frente a la tesis que mantiene el recurrente, es preciso, tal y como nos indica la Magistrada recurrida, tener en cuenta que el 2 de febrero el trabajador remite un correo a la dirección empresarial, en el que pone de manifiesto la utilización que se van a realizar de cauces de articulación de representación de los trabajadores, y el día 9, cuando retorna de las vacaciones iniciadas el día 2, se le despide. Veamos que ese hilo conductor del derecho queda claramente perfilado, y del ejercicio del mismo se ha derivado una consecuencia perjudicial, por lo que existe indicio más que suficiente para entender la violación del derecho básico. Veamos lo siguiente:

En primer término, ya el mismo trabajador señalaba que no se conceptuase su misiva de amenaza frente a la empresa, sino de preservación de un posible ejercicio de mejores condiciones en el trabajo; segundo, la empresa alude a una causa que en modo alguno se prueba, y como indica la impugnación del recurso, no se ha introducido ningún hecho probado del que se pueda desprender cualquier conducta del trabajador que sea susceptible de sanción, o cuando menos deje entrever que su prestación por cuenta ajena es contraria a los contenidos prestacionales que le eran exigibles; tercero, el mismo periodo de suspensión del contrato de trabajo que previamente había existido, fácilmente posibilitaba a la empresa la determinación de fases de equiparación en la prestación del servicio, sin que ello se haya cuando menos, intentado; cuarto, frente al indicio claro que enlaza la conducta del trabajador y la sanción de despido, no existe ninguna prueba directa o eficiente del empleador sobre su causa de despido, y resalta el hecho de la falta que indica la sentencia recurrida de cualquier medio de representación sindical o unitaria; quinto, es claramente el ejercicio de una actividad sindical la promoción de elecciones, intención que manifiesta de forma indubitada el trabajador, y que visto su cese, en modo alguno podemos colegir si continuaron o cesaron, pues sobre 500 trabajadores que tiene la empresa solamente se nos prueba el cese de quién remitió el anuncio de una actividad que se mecanizaba a través de una administración pública; y, sexto, el trabajador no tiene el carácter de representante, pero el ejercicio de la actividad de promoción de elecciones constituye un elemento básico del derecho de libertad sindical, y de la actividad de la misma, de manera que a la empresa se le hubiese exigido una prueba efectiva y real del despido, y no simples suposiciones. Por último, la actividad de representación de trabajadores, cualidad sobre la que queda amparado el demandante por la propia actividad que llevaba a cabo, está reforzada por el convenio 135 OIT, cuyo art. 1 garantiza la protección contra todo acto que pueda perjudicar al representante de los trabajadores, por su condición de tal o de sus actividades.

Cuando quién inicia una actividad que dentro de nuestra Constitución viene directamente garantizada, y sufre una merma en el ejercicio de su derecho, si ello se mantiene, se está vulnerando todo nuestro ordenamiento, en cuanto que la defensa del derecho constitucional requiere el máximo elemento reactivo, en cuanto que trasciende el propio vínculo laboral, con sus sujetos específicos de empresa/trabajador, para proyectarse en la esfera del orden social, que nuestro art. 1 CE al aludir al Estado Social de Derecho quiere especialmente garantizar. En modo alguno atendemos las

insinuaciones del recurrente, legítimas en el ejercicio de su derecho de defensa, sobre una presunta conducta de blindaje ante el eminente despido que lleva a cabo el trabajador; y, de otro lado, la falta de determinación de las terminologías propias de la representación de trabajadores (se alude al enlace), no demuestran sino la intención clara y manifiesta del trabajador de intentar instrumentalizar un medio de representación, que no le puede perjudicar. Estas y las anteriores razones son las que conducen a concluir lo siguiente: primero, ha existido el ejercicio del derecho fundamental; segundo, constan indicios suficientes de la transgresión del mismo por parte del empresario; y, tercero, se carece de cualquier posible prueba sobre una conducta de posible sanción en la actividad profesional del trabajador; todo ello indica la conculcación del derecho básico, así como la desestimación del recurso y la confirmación por sus propios fundamentos de la sentencia recurrida, con expresa imposición de costas a la empresa, a tenor del art. 233 LPL .

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

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Bilbao de 10 de junio de 2009 , procedimiento nº 314/09 por D. Raul Carretón Salvador, Letrado que actúa en nombre y representación de PANDA SOFTWARE SPAIN, S.L.U., la que se confirma en su integridad, imponiendo las costas del recurso a la recurrente, cifrándose en XXX euros los honorarios del Letrado de la parte impugnante, y con pérdidas de depósitos y consignaciones, a los que se les dará el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) cta. número

4699-000-66-2968/09 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 euros en la entidad de crédito grupo Banesto (Banco Español de Crédito) c/c. 2410-000-66-2968/09 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de

trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.