

Roj: **SJSO 203/2017 - ECLI:ES:JSO:2017:203**Id Cendoj: **03065440022017100001**Órgano: **Juzgado de lo Social**Sede: **Elche/Elx**Sección: **2**Fecha: **16/10/2017**Nº de Recurso: **433/2017**Nº de Resolución: **341/2017**Procedimiento: **Despidos y ceses en general**Ponente: **ALBERTO NICOLAS FRANCO**Tipo de Resolución: **Sentencia****JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 2 DE ELCHE**

Proc. 433-17

Despido.

SENTENCIA Nº 341/17

En Elche, a dieciséis de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos por mi, **Alberto Nicolás Franco**, Magistrado del Juzgado de lo Social nº 2 de Elche, los autos núm. 433-17 del juicio promovido por D. Nemesio contra LEROY MERLIN ESPAÑA S.L.U. en reclamación por despido, con alegación de posible vulneración de derechos fundamentales y habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, siendo también parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; administrando justicia en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emanando del pueblo se me ha conferido por el Estado y en consideración a los siguientes,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.- INICIACIÓN DEL PROCESO.**

Correspondió a este Juzgado la demanda suscrita por el actor y presentada en el registro del Decanato el 25/5/2017 en la que después de exponer los hechos que estimó pertinentes a su derecho solicitó se dictara sentencia declarando nulo el despido de que había sido objeto por la empresa demandada, condenando a ésta a readmitirle en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación, así como indemnización de 40.000€ en concepto de daños morales y subsidiariamente se declare la improcedencia y condene a la demandada a la readmisión, con condena a que, a su opción, le readmita con abono de salarios de tramitación o le indemnice en cuantía legalmente procedente por la extinción de su relación laboral.

Segundo.-ACTO DE JUICIO.

Señalados día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio tuvieron lugar el día señalado, compareciendo la empresa y el trabajador, con asistencia letrada, así como el Ministerio Fiscal, pero no el FGS a pesar de su citación en forma. Fracasado el intento de conciliación y abierto el juicio, en trámite de alegaciones el demandante se afirmó y ratificó en su demanda, oponiéndose a ella la demandada e interesando su desestimación por los motivos que constan en el acta extendida, remitiéndose a la prueba a practicar el Ministerio Fiscal, contestando a la oposición aquella y practicándose a continuación las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra en autos. En conclusiones las partes mantuvieron sus puntos de vista, solicitando sentencia de conformidad con sus respectivas pretensiones. El Ministerio Fiscal interesó se declarara se habría producido vulneración del derecho de libertad sindical.

Tercero.-TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo las relativas a plazos que no han podido cumplirse debido al elevado número de asuntos que se tramitan simultáneamente en el Juzgado.

Cuarto.-TRÁMITE PREPROCESAL.

Se intentó evitar el proceso mediante tramita de conciliación administrativa iniciada el 4/5/2017 y finalizada el 16-5-17 con el resultado de sin avenencia.

II.- HECHOS PROBADOS

1º) Circunstancias profesionales.

El demandante acredita en la empresa demandada las siguientes circunstancias profesionales:

- antigüedad desde el 27-8-12,
- categoría de vendedor y
- salario bruto anual de 15.896,65, con inclusión de pagas extras.

(Resulta de los documentos aportados por el demandante, siendo hechos no controvertidos).

2º) Prestación de servicios, valoración e incremento salarial.

El actor venía prestando servicios en centro de trabajo de la demanda localizado en la Zenia, que ocupa en tienda a cerca de doscientos trabajadores.

En fecha abril de 2.016 la dirección de la empresa le remitió escrito que consta en la documental 5 del actor y que se da aquí por reproducido, en él que se indicaba:"... *Me complace comunicarte que, con fecha de efectos 1 de Abril de 2016, tu salario bruto anual se incrementará en 1.500€ brutos anuales en concepto de individualización, de manera que tu remuneración fija anual por todos los conceptos ascenderá aEl desempeño de tu puesto ha sido alto en el 2015 y queremos con esta individualización reconocer el nivel de calidad en tu trabajo así como tu contribución a resultados, compromiso y entrega, todo ello dentro de la vivencia diaria de nuestros valores. Esperamos que esta decisión refuerce tu implicación y tu motivación para afrontar todos los retos que se nos presenten y te conviertas en actor privilegiado en el futuro de Leroy Merlin que es el futuro de todos/as*".

3º) Representación en el centro de trabajo y elecciones sindicales.

En el centro de trabajo de la Zenia se celebraron en su día elecciones a órgano de representación unitaria, resultando elegidos candidatos presentados por el sindicato Fetique.

En el año 2.017 correspondía la celebración de elecciones para renovación de todo el comité de empresa del centro de trabajo referido. A tales efectos se procedió por el sindicato Fetico a presentar preaviso de elecciones en fecha 3-4-17, señalándose que las mismas se celebrarían en el siguiente mes de mayo.

En fecha 4-5-17 se constituyó la mesa electoral, aprobándose calendario electoral que obra en la documental 3 del demandante y que se da aquí por reproducido, y en el que se fijaba la presentación de candidaturas para el 10-5-17.

(Resulta de la testifical practicada así como la documental 4 del actor).

4º) Actuaciones del actor a principios del año 2.017.

Conocedores de la celebración de elecciones en el año 2.017, el actor y otros compañeros del mismo centro, estuvieron analizando la posibilidad de afiliarse a un sindicato con vistas a presentarse a dicha elecciones. A tales efectos contactaron con el sindicato U.S.O., quien desplazó a un representante para que informara a los mismos de los trámites a realizar para presentar candidatura y en su caso la posibilidad de afiliarse a dicho Sindicato. Dicho representante, con motivo de ello, se personó en una ocasión en el centro de trabajo, donde dejó folletos informativos, y habló con el director del centro y la responsable de recursos humanos, reuniéndose en distintas ocasiones durante los meses de enero a marzo de 2.017, en lugares distintos del centro de trabajo, con el actor y tres trabajadores más..

A mediados de marzo el actor firmó su afiliación al sindicato, consignando los datos bancarios para domiciliar el abono de la correspondiente cuota sindical, siendo dado de alta el 16-3-17 según consta en la documental 1 del actor que se da aquí por reproducido.

Igualmente el actor y tres compañeros más procedieron a firmar la documentación oportuna para la futura presentación como candidatos al comité de empresa, según consta igualmente en la documental 2 que se da también aquí por reproducida.

Durante los meses de enero a marzo el actor y sus otros tres compañeros fueron comunicando a otros trabajadores del centro de trabajo su intención de presentarse al proceso electoral que habría de celebrarse próximamente para elegir nuevo comité de centro de trabajo, y finalmente su afiliación al sindicato USO.

5º) Despido.

En fecha 31-3-17 la empresa notificó al actor carta de despido que consta adjunta a la demanda y que se da aquí íntegramente por reproducida.

En la misma se indicaba que *"... han sido varias las ocasiones en las que su manager le ha apercibido verbalmente por el mantenimiento del punto de consejo y cierto tipo de situaciones fuera de lugar e inapropiadas para la correcta convivencia de las relaciones laborales en un centro de trabajo, ya que Vd., ha dejado y mantenido en el punto de consejos dibujos de penes en globos de decoración de la operación comercial de la Gran Fiesta de la casa, que tuvo lugar el pasado mes de noviembre de 2.016, con caricaturas de Vd., y sus compañeros de sección y dibujos pegados en el punto de consejo, que como sabe está para atender a clientes, y Vd. Ha mantenido incluso una figura que representaba hacer un gesto inadecuado denominado "peineta" con el dedo corazón levantado, a la vista de todo cliente que transitaba por la sección o iba al punto de consejo a solicitar ser atendido o hacer una pregunta, situación que resulta de todo punto intolerable..."*. Finalmente señalaba que *"... Los hechos anteriormente narrados evidencian graves irregularidades y ponen de manifiesto un importante desencuentro, entre Vd., y los valores y proyecto de empresa de esta mercantil cuya insostenibilidad nos ha llevado a aplicar..."*.

6º) Otros despidos.

En fecha 31-3-17 se remitió burofax al trabajador D. Severino, conteniendo carta que consta en la documental 39 de la demandada y que se da aquí íntegramente por reproducida. Dicho trabajador se encontraba en baja médica en dicha fecha, reincorporándose al trabajo, por ser dado de alta, el 7-4-16, fecha en la que se le entregó copia del burofax, con documento que consta igualmente en la documental del mismo y que se da aquí por reproducido.

En la misma fecha de 31-3-17 fue despedido el trabajador D. Urbano, mediante carta que obra en la documental 40 de la demandada y que se da aquí por reproducida.

Así mismo fue despedido el 31-3-17 el trabajador D. Jose María mediante carta que obra en la documental 41 de la demandada y que se da aquí por reproducida.

Los trabajadores referidos firmaron, junto al actor, impreso de candidatura a las elecciones sindicales a presentar por el sindicato USO.

Igualmente los referidos trabajadores han formulado demandas frente al despido de los mismos, que constan en la documental del actor y que se dan aquí por reproducidas, alegando vulneración de derechos fundamentales y en concreto de la libertad sindical.

7º) Constancia de afiliación sindical.

Consta certificado de la demandada, a fecha 15-9-17, que obra en la documental 29 de la misma y que se da aquí por reproducido, en el que se especifica que a 31 de marzo de 2.017 le constaba a la empresa la siguiente afiliación: CC.OO 1 afiliado; FETICO, 2.396; UGT 6 afiliados; USO, 6 afiliados.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-RAZONAMIENTO DEL RELATO FACTICO.

Los anteriores hechos declarados probados resultan de los medios de convicción a que se ha hecho expresa referencia (art. 97.2 de la LRJS). No obstante ello se hacen las siguientes especificaciones.

En relación con el conocimiento por parte de la plantilla de que el actor y otros compañeros querían presentarse a las elecciones sindicales y estaban buscando apoyos entre la misma, la declaración de los testigos fue contundente y creíble. Así el actor D. Luis Enrique manifestó que era de conocimiento general tal circunstancia y que se interpretó por la mayoría de los trabajadores del centro que se habían producido los despidos por ello. El mentado testigo declaró que finalmente se presentó a las elecciones en la lista de otro sindicato, pero que presentaron la candidatura el último día de presentación para evitar la misma represalia. Igualmente declaró que toda la plantilla sabía a principios de año que se celebrarían próximamente elecciones para la elección de

nuevo comité. También resultó creíble la declaración del representante del sindicato USO, quien manifestó que se reunió en varias ocasiones con el actor y sus compañeros de trabajo que finalmente se afiliaron al mismo y firmaron la presentación en la correspondiente candidatura. Igualmente refirió que habló con el director de centro, D. Jesus Miguel y la directora de recursos humanos. Confirmó la documentación presentada por el actor de afiliación al sindicato y la firma del impreso de presentación de candidatura.

La testigo de la empresa, Dña. Amelia, responsable de recursos humanos, confirmó que se personó en el centro un miembro de USO, venido de Murcia, y que le ofreció una sala de reuniones, si bien no volvió a personarse con posterioridad.

En cuanto a las imputaciones genéricas realizadas en la carta de despido no se recogen en el relato factico por no existir mínima constancia de las mismas. Así la testigo Dña. Amelia y en relación a "dibujos de penes en globos" a que se hace referencia en la carta manifiesto que no lo vio y que se lo dijo la "manager", que no declaró en el acto de juicio. Respecto al mismo hecho el propio testigo que también declaró en el acto de juicio y que en la fecha era director del centro, manifestó que el hecho tampoco lo presencié y que se lo habrían comentado, no sabiendo porque no se le sancionó en su momento, aún cuando los hechos los consideraba graves. Respecto al gesto que habría realizado el actor de la "peineta" con la mano, tampoco se presentó prueba alguna. En relación a que "...han sido varias las ocasiones en las que su manager le ha apercibido verbalmente...", no se aportó prueba alguna, por mínima que fuera.

En relación a la evaluación del desempeño de 2.016 no se refleja en el relato factico al haberse presentado documentación por la demandada, sin autenticación mínima de su fecha de elaboración ni de la realidad de la misma. (documental 20 y ss).

En relación al número de trabajadores de la tienda de la Zenia, la responsable de recursos humanos los cifró en algo menos de doscientos trabajadores.

Segundo.-FUNDAMENTOS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL FALLO.

2.1.-Delimitación de la controversia.

Por la demandada se alegó esencialmente que no existiría vulneración de la libertad sindical, si bien reconoció que la redacción de la carta y las imputaciones genéricas dificultaban la declaración de procedencia, indicando que normalmente ello es así porque se llega a un acuerdo extrajudicial. En el sentido de que no procedería la declaración de nulidad alegó que la demandada no era conocedora de la afiliación sindical del actor, ya que solo le constaba la afiliación de 6 trabajadores, en toda España, al sindicato USO. De otro lado la promoción de elecciones se llevó a cabo por FETICO, habiéndose personado solo una vez un representante de USO. Alegó que no tendría relación alguna el despido de otras personas, que serían por motivos disciplinarios e insistió en que la decisión de ser despedidos se habría adoptado a principio del año 2.017, mucho antes de la afiliación del actor y sus compañeros y después de sucesivas advertencias y amonestaciones. En todo caso y en cuanto a la indemnización solicitada consideró que resulta totalmente desproporcionada si se tiene en cuenta que la que le correspondería por despido improcedente sería de 6.482€. Resaltó el hecho de que el propio sindicato USO no se hubiera presentado como coadyuvante.

Por el actor se interesó sentencia estimatoria declarativa de la nulidad del despido por considerar que el mismo fue como consecuencia de la actividad que vino realizando él y sus otros tres compañeros, para presentarse a las elecciones sindicales previa afiliación al sindicato USO, no existiendo ningún indicio de veracidad de los hechos imputados en la carta. Como consecuencia de tal declaración solicitó también la condena al abono de la indemnización de 40.000€ que se habría cuantificado teniendo de referencia la LISOS. Subsidiariamente interesó la improcedencia.

Por el Ministerio Fiscal se interesó se declarara la nulidad del despido por estimar que el mismo se habría llevado a cabo con clara vulneración de derechos fundamentales, en concreto del de libertad sindical.

2.2.-Sobre la procedencia del despido.

A partir de la anterior delimitación de la controversia, procede analizar en un primer momento la posible procedencia del despido.

Y respecto a la misma la propia demandada reconoció la dificultad de la declaración de su procedencia dada la redacción de la carta que vendría motivada por el hecho de que normalmente se llega a acuerdo extrajudicial que hace innecesaria mayor matización.

Y efectivamente la carta impediría, en cualquier caso, la declaración de procedencia, dado los términos genéricos de la misma.

De otro lado se hace referencia a presuntos hechos acaecidos en noviembre de 2.016, sin que se hayan acreditado mínimamente su realidad, en unos casos, y de la irrelevancia en otros. A mayor abundamiento las imputaciones de bajo rendimiento aparte de genéricas no se encuentran amparadas en prueba alguna fehaciente, siendo contradictorias con el reconocimiento de méritos e incremento salarial llevado a cabo en abril de 2.016.

Así pues y en definitiva se ha de partir de la no procedencia del despido llevado a cabo.

2.3.-Calificación del despido.

Partiendo de la declaración de la no procedencia del despido se habrá de analizar su calificación definitiva, si nulo o improcedente, pretendiéndose por el actor y el Ministerio Fiscal la declaración de nulidad, por vulneración de derechos fundamentales y la improcedencia la demandada, por estimar que no tendría relación con la actividad sindical del actor.

2.3.1.-Sobre la vulneración de derechos fundamentales. Cauce procedimental.

Como se sabe nuestra Constitución proclama como fundamentales una serie de derechos que son básicos y que se configuran como nucleares de nuestro Estado social y democrático de derecho, derechos que se incardinan en la propia relación laboral, de tal forma que no cabe pensar en su eliminación durante la existencia de la misma.

De otro lado se ha de resaltar que cuando se analiza individualizadamente cada uno de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución, estricto sensu recogidos en los arts 10 a 38 CE, suponen un conglomerado o crisol de derechos, que se vienen clasificando a efectos de su consideración, como núcleo esencial y adicional de derechos. Entre los primeros se consideran aquellos que sin su reconocimiento no cabe considerar comúnmente que exista tal derecho. Ejemplo paradigmático es el derecho a la creación o fundación de sindicatos. Entre los segundos se señalan aquellos otros que suponen un reconocimiento adicional a aquel núcleo esencial, fruto de la evolución social en un determinado momento histórico.

La esencialidad de los mismos llevó a nuestros constituyentes a prever un mecanismo especial de amparo judicial (53.2 CE), que en el ordenamiento jurídico laboral se reguló inicialmente en los arts. 175- 182 LPL, hoy 177 y ss de la LRJS, si bien, como es sabido, el art. 184 LRJS remite a la utilización de otras modalidades procesales en determinadas materias, entre ellas la de despido. No obstante ello y como no podía ser de otra forma, es actualmente pacífico judicial y doctrinalmente considerar que ello no supone, en modo alguno, una desprotección de tales derechos fundamentales en los supuestos de despido, reconociéndose que la utilización de tales procedimientos especiales conlleva, sin embargo, la asunción de las características específicas reguladas en la modalidad procesal de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales (ATC 897/1999 de 14-12 y STS 12-6- 01), señalando el último párrafo del mentado art. 184 *"... acumulando ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva."*

Así pues, y en definitiva, la tramitación de la presente controversia a través del procedimiento especial de despido debe hacerse, como así ha sucedido, importando las singularidades del procedimiento específico de tutela de derechos fundamentales, entre ellas, la intervención del Ministerio Fiscal (177.3 LRJS), la regla de lo que viene denominándose como "inversión de la carga de la prueba" (181.2 LRJS), y la posibilidad de una indemnización adicional (183 LRJS).

2.3.2.-Inversión de la carga de la prueba.

El instituto de la inversión de la carga probatoria, o más técnicamente y en puridad, de la *"reducción de la carga probatoria"*, conlleva que probados los hechos que permitan deducir al menos indicios de esa vulneración, es la demandada a quien corresponde desarrollar una actividad probatoria plena para destruir tal presunción.

La STC 38/1981, vino a resaltar tempranamente la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales, entre ellos el de la libertad sindical, de tal forma que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, si bien ello exige del trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales. Como más tarde refirió la STC 266/1993, al demandante que invoque *"... esta inversión de la carga de la prueba ha de desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa de la que resulten indicios de que ha existido discriminación"* (fundamento jurídico 3.º).

La posterior STC 90/1997 de 6 de mayo desarrolló las razones de la inversión probatoria, señalando *"... 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 la prestación 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. 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. 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, 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, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que...no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido. Cubierto este presupuesto, 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-, 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 verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador ...", argumentos que ya había apuntado en anteriores pronunciamientos.

Como refirió con posterioridad, STC de 21-4-98, "... alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, sobre la parte demandada recae la carga de poner de manifiesto la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable la decisión(STC 21/1992, fundamento jurídico 3.º). Como hemos precisado, no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (STC 266/1993, fundamento jurídico 2.º), pero sí debe asumir, en estos supuestos, la carga de probar, sin que resulte suficiente el intentarlo(STC 114/1989, fundamento jurídico 6.º), que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (STC 73/1998, fundamento jurídico 2.º).

Más recientemente recordaba la STSJ de Andalucía de 18-4-07, y ya en referencia a la libertad sindical, " La dificultad probatoria de la motivación antisindical se ha obviado trasladando al empresario la prueba de la exigencia de un motivo razonable de despido cualquiera que fuera su justificación formal y la viabilidad sustancial para romper la relación de trabajo. Es por tanto el empresario el que debe probar que el despido tachado de discriminatorio, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical, sin que ello suponga situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, la no discriminación, pero si de entender que es el empresario el que debe probar que el despido obedece a motivos ajenos a dicho propósito antisindical, prueba que debe recaer sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada o la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión empresarial y que expliquen por sí mismas el acto, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias. Para el TC se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales que debe llevar a la convicción del juzgador de que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales..."

2.3.3.-Derecho fundamental de la Libertad sindical.

Las manifestaciones vertidas por las partes en el acto de juicio ponen de manifiesto su pleno conocimiento de la esencialidad de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución, como piezas básicas del consenso social que garantiza la misma.

Nuestra Constitución, como es sabido, no se limita a reconocer los derechos fundamentales, sino que los promueve y más aún, los protege de una forma especial, ya que su mero reconocimiento no sería sino una declaración de carácter metajurídico, al no ir acompañada de garantías suficientes que aseguren la efectividad del ejercicio de tales derechos; así pues, el reconocimiento de los derechos fundamentales debe

ir acompañado de la intervención de mecanismos jurídicos que aseguren su protección efectiva. Por tanto, la efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento formal cuanto de la existencia de mecanismos jurídicos susceptibles de garantizar su eficacia real (J.G.Morillo).

Entre tales derechos se encuentra, como es sabido, el de la libertad sindical integrada por un conglomerado de derechos entre los que se encuentran el propio derecho a la creación de sindicatos, afiliación o no afiliación a los mismos, participación en procesos electorales, negociación colectiva, huelga, actividad sindical entendida como conjunto de actuaciones, que no siendo prohibidas específicamente por la legislación vigente, pueden realizarse a nivel individual o colectiva en defensa de los intereses de los trabajadores(STC 38/1981). La STC 197/1990 resaltaba el derecho de los afiliados a desarrollar libremente su actividad sindical sin que ello pueda implicar perjuicio alguno si se cumplen los requisitos legalmente establecidos.

La libertad sindical es un derecho fruto de la evolución de años de historia y se ha integrado entre los grandes valores de la sociedad democrática actual, de tal forma que no cabe considerar a una sociedad democrática como tal si no reconoce y protege el ejercicio de tal derecho. En ese sentido el propio sistema económico de libre mercado, reconocido constitucionalmente, lo ha integrado entre los mecanismos de su propio funcionamiento, como forma de potenciación de la mayor organización y eficacia de los medios de producción, de tal manera que una vulneración de la libertad sindical cabe considerarla, igualmente, como un atentado a los principios de dicho sistema de funcionamiento económico por vulnerar uno de los pilares básicos del mismo, cual es el de la libre competencia en condiciones de igualdad. Si no se respeta el derecho a la libertad sindical se están rompiendo las reglas de juego de consenso constitucional y por ende también los principios del sistema económico que el mismo garantiza, ya que se coloca la infractora en mejores condiciones de competitividad que las que respetan tal derecho fundamental, produciéndose una competencia desleal.

La esencialidad del derecho a la libertad sindical llevó a los constituyentes no meramente a su proclamación sino a su potenciación, estableciendo mecanismos de protección del mismo, derivando de ello la nulidad de todo comportamiento que suponga un perjuicio por su ejercicio, lo que viene conociéndose como garantía de indemnidad.

De otro lado el diccionario de la Real Academia Española define el término indemne como "libre o exento de daño". En su vertiente jurídica se viene utilizando el término indemnidad, como referido a la "exención de daño" de aquel que ejerce los derechos que le reconoce la Constitución. La indemnidad acompañaría, como colofón, a los propios derechos reconocidos, de tal forma que no se trata de un derecho autónomo, sino un derecho adjetivo de cada uno de los derechos fundamentales que de otro lado se han de considerar realmente como conglomerados de derechos.

En el ámbito específico de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/93, 38/2005), entre los que se encuentra el principio de tutela judicial efectiva, o del ejercicio de actuaciones que engloben el derecho a la actividad sindical. Por ello toda actividad que suponga una reacción frente al ejercicio de derechos fundamentales por parte del trabajador/a, ya sea ante los tribunales, ya sea por la propia actividad sindical, se han de declarar nulos.

Por lo que específicamente se refiere a la libertad sindical la STC 73/1998, señalaba que "... Esta garantía de indemnidad que otorga el art. 28.1 CE a los trabajadores ha sido reconocida por este Tribunal frente a las facultades empresariales de despido(SSTC 38/1981 , 94/1984, 88/1985, 104/1987, 114/1989, 135/1990 , 21/1992, 7/1993 266/1993 y 180/1994), así como frente a otras facultades del empresario(SSTC 94/1984, 38/1986, 166/1988 y 266/1993), incluidas las organizativas (STC 90/1997). En efecto, como ha sido destacado recientemente por esta misma STC 90/1997 , también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador. Los poderes empresariales se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulen, sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido el de una utilización de aquéllos lesiva de éstos. Tan elemental premisa no se excepciona en los supuestos en que el empresario no está sujeto por la norma a causas o procedimientos en su actuación, antes al contrario, opera si cabe con más intensidad en tales casos por cuanto en ellos el empleador puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las verdaderas razones de sus decisiones (fundamento jurídico 6.º).

La actividad sindical desarrollada por cualquier trabajador afiliado a un sindicato, e incluso la previa tendente precisamente a afiliarse, viene protegida constitucionalmente, con independencia de cómo se concrete la misma, sin más límite que sea legítima, y al margen de otras circunstancias y del resultado objetivo que pueda tener, sin que el hecho de que se establezcan mecanismos de garantías expresas y objetivas a quienes ostentan la condición de representantes legales de los trabajadores, unitarios o sindicales, por cumplir los

requisitos establecidos por la legalidad ordinaria, cual ocurre con el derecho de opción en caso de despido improcedente a favor de los delegados de personal, miembros de comité de empresa y delegados sindicales, o la necesidad de tramitación de expediente contradictorio antes del despido, suponga merma de garantías constitucionales para quienes no la ostenten, o para quienes, dentro de su propio ideario sindical, optan por sistemas alternativos de desarrollo de su actividad sindical.

2.3.4.-Indicios de vulneración de la libertad Sindical.

A partir de las anteriores consideraciones se ha de analizar si el actor aportó indicios de que el despido llevado a cabo por la demandada supone una reacción frente a la actividad sindical desarrollada por el mismo, o si dicha actividad sindical es, en el fondo, el motivo real que llevó a la empresa a adoptar la máxima sanción posible, cual es el despido, de tal forma que si el actor no hubiera desarrollado tal actividad es razonable considerar que el despido llevado a cabo no se hubiera producido.

Y la convicción a la que llega este Juzgador, misma a la que llegó el Ministerio Fiscal, es que efectivamente existen indicios, que, como se señaló, no requieren que sean certezas, de que la actividad desarrollada por el actor de cara a las elecciones sindicales que se iban a celebrar en los siguientes meses en la empresa, y la afiliación sindical del mismo al sindicato USO, son el motivo último de su despido.

En el relato factico se noticia que el actor, junto con otros tres compañeros, iniciaron a partir del mes de enero de 2.016 una labor de comunicación con el resto de trabajadores del centro de trabajo, en donde prestan servicios en tienda alrededor de 190, la posibilidad de proceder a la presentación de una candidatura a las elecciones sindicales que se habrían de celebrar en los siguientes meses. Junto a ello se noticia que contactaron con representante del sindicato U.S.O., con el que mantuvieron distintas reuniones y se personó en la empresa hablando con la directora de recursos humanos y también con el propio director del centro de trabajo, distribuyendo información sindical. Se refiere en el relato factico que la empresa acreditó una afiliación sindical absolutamente desproporcionada a favor de un determinado sindicato. Así a marzo de 2.016 la empresa certifica, documento 29, que tendría acreditados 2.396 afiliados a un sindicato, 1 afiliado a otro, 6 afiliados a otro y 6 afiliados al sindicato que finalmente se afiliaron el actor y sus tres compañeros igualmente despedidos. Así pues existe la afiliación a un sindicato determinado del 99,13% del total de afiliados acreditados por la empresa. Aunque tales datos no son definitivos, ya que es posible la afiliación sin comunicarlo a la empresa y por tanto sin que lleve a cabo el descuento de la cuota sindical, es lo cierto que se trata de dato especialmente significativo que supone un indicio de la actitud de la empresa por no querer que se fomentara una mayor diversidad sindical.

Igualmente se noticia en el relato factico que el actor se afilió al sindicato USO el 16 de marzo de 2.017, siendo así que la promoción del proceso electoral se llevó a cabo por el sindicato FETICO en fecha 3-4-17, y que el despido se llevó a cabo precisamente 31-3-17, es decir apenas una semana antes.

Y a ello se ha de añadir el más que indicio que supone que precisamente los cuatro trabajadores que se afiliaron a USO, que firmaron el presentarse por la candidatura del mismo a las elecciones del comité de empresa, fueron despedidos en la misma fecha, con cartas de despido análogas, con imputaciones genéricas y con una mínima diferencia respecto a uno de ellos, D. Severino, que se encontraba en I. temporal y que se le entregó la carta de despido cuando se reincorporó al trabajo el 7-4-17, si bien se le había remitido burofax en la misma fecha que se entregó a los otros tres compañeros, incluido el actor.

Por último se ha resaltar lo noticiado en el relato factico de que el actor fue "felicitado" en abril de 2.016, reconociéndose "... el nivel de calidad en tu trabajo así como tu contribución a resultados, compromiso y entrega, todo ello dentro de la vivencia diría de nuestros valores". Continuaba señalando la carta de reconocimiento que "Esperamos que esta decisión refuerce tu implicación y tu motivación para afrontar todos los retos que se nos presenten, y te convierta en actor privilegiado en el futuro de Leroy Merlin que es el futuro de todos/as". No parece razonable de que en un año, sin que conste ningún tipo de amonestación verbal o escrita, se pase de una clara felicitación al actor a la adopción de la drástica e irreversible medida del despido del mismo.

La demandada realizó en el acto de juicio un encomiable esfuerzo de alegaciones no para intentar acreditar la procedencia del despido, sino destruir las más que apariencias o indicios de la vulneración del derecho individual de la libertad sindical, pero no con prueba de mínima entidad. Ni se acreditó que al actor se le hubiera amonestado con anterioridad al despido, ni que existiera un bajo rendimiento, ni la realización de hechos censurables como el nada acreditado de hacer la "peineta" o colocar globos con dibujo de pene.

Pero es que, y en definitiva, lo que no cabe considerar es que hipotéticamente existiera un hecho plenamente acreditado que aun no siendo constitutivo de falta muy grave, se pueda utilizar como "pretexto" para el despido de un trabajador, de tal forma que posibilite la extinción indemnizada de la relación laboral por la mera declaración de improcedencia, que no nulidad, del despido, cuando el motivo real del despido es la actividad

sindical que venga desempeñando. Como es bien sabido en modo alguno cabe considerar que la actividad sindical de un trabajador es impeditiva de la declaración de procedencia del despido. El incumplimiento grave y culpable de obligaciones laborales posibilita el despido del trabajador, exactamente igual que cualquier otro trabajador. Pero flaco favor y falta de respeto se realizaría al principio constitucional de la Libertad Sindical, que cabe considerarlo como integrante, si ello fuera posible, del núcleo duro de derechos fundamentales, sobre los que se asienta el consenso social, si se posibilita que un hipotético desliz o un mero incumplimiento leve o incluso grave de obligaciones del trabajador, pudiera justificar la no declaración de nulidad, cuando existen indicios suficientes para considerar que si no hubiera existido esa actividad sindical la decisión empresarial hubiera sido distinta.. Con ello se desincentivaría la actividad sindical, lo que puede ser querido por quienes aún no son conscientes de la importancia sustancial de la libertad sindical para nuestro modelo de relaciones laborales, lo que ciertamente resulta difícil de entender y ciertamente extraño en una empresa de gran tamaño como la demandada.

En resumen, todo ello conlleva que haya de concluirse en que la decisión empresarial de despedir al actor supuso una violación de su derecho constitucional a la libertad sindical, tanto en su vertiente de actividad sindical como de indemnidad por lo que debe declararse la NULIDAD del despido, resultando irrelevante que por el propio sindicato USO no se instara demandada alguna por posible vulneración de derecho a la libertad sindical en la vertiente colectiva.

2.5.-Consecuencias de la declaración de nulidad.

La doctrina científica, así como el T.S. (entre otras STS 9-1993) delimitaron en su día el pronunciamiento que debe conllevar la condena por vulneración de derechos fundamentales, lo que se positivó en el art. 182 de la vigente LRJS, al especificar que la Sentencia:

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

b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador....

c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas....

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

Procede, por tanto, declarar en un primer momento la vulneración del derecho a la libertad sindical del actor, la nulidad radical del despido y la condena a la demandada a la readmisión obligatoria del actor con condena al abono de salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la de notificación de notificación de la presente sentencia.

Por su parte el art. 183 dispone, como es sabido, que cuando la sentencia declare la existencia de la vulneración de derechos fundamentales, *".... el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados..."*: Posteriormente señala que *"....El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño."*

2.6.-INDEMNIZACIÓN ADICIONAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Procede, por último, fijar la cuantía de la indemnización por la vulneración sufrida y las consecuencias de tal vulneración, incluidos daños morales, daños y perjuicios ocasionados, cuantificándola prudencialmente y con la finalidad añadida de prevenir el daño.

A tales efectos ser interés en demanda la indemnización de 40.000€.

Pues bien a la hora de cuantificar prudencialmente la indemnización a fijar se ha de tener en cuenta distintos parámetros.

En primer lugar la trascendencia del derecho vulnerado, la libertad sindical del actor en su vertiente de actividad sindical y de indemnidad ante su afiliación. Se le ha represaliado por realizar una actividad tendente a preentar

una candidatura a las próximas elecciones sindicales, y también por la propia afiliación sindical.. Y dicha libertad sindical, como se refirió, es un derecho fundamental en el que se sustenta el consenso constitucional (art. 7 y 28.1 CE) y que tiene amparo, igualmente, en distintos tratados y convenios internacionales (Convenio 87 de la O.I.T., Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 11.1 y 2), y la Carta Social Europea (art. 5)).

En segundo lugar que tal vulneración resquebrajó también el ejercicio de la actividad sindical futura del actor, ya que tanto los compañeros representantes e integrantes del comité de empresa, como el resto de trabajadores de la empresa, habrán podido asumir que compartir la actividad sindical del actor puede depararle igualmente perjuicios, por lo que el éxito de la actividad sindical del actor puede verse dificultado en el futuro. De otro lado le ha impedido presentarse a las elecciones sindicales y por consiguiente tener un plus de protección ante actuaciones discriminatorias por la actividad sindical que hubiera podido desarrollar.

En tercer lugar que la demandada es una de gran empresa y su comportamiento de vulneración de la libertad sindical de un trabajador, con clara actividad sindical, supone igualmente una vulneración de las reglas de competencia en relación con el resto de empresas del sector que respetan los derechos fundamentales.

En cuarto lugar que la demandada, por su entidad, cuenta con asesoramiento jurídico de relevancia para ser conocedora de la trascendencia de los derechos fundamentales y de la necesidad de su escrupuloso respeto.

En quinto lugar que la vulneración del derecho fundamental del actor a la actividad sindical le ha provocado una evidente tensión, unos daños morales, molestias de diversa índole, y gastos para reaccionar frente a la misma.

Así el trabajador se ha visto obligado a una litigiosidad innecesaria que le ha comportado unos evidentes gastos concretados, al menos, en los honorarios del letrado que le ha asistido en el presente procedimiento.

Por último, se ha de analizar el daño moral ocasionado, entendido como sufrimiento espiritual, intelectual o emocional, cuyo resultado es la generación de un desequilibrio espiritual y desarmonía humana intensa (Sala 1ª T.S., SS 3-11-95, 19- 20-2000.)

Así pues, y en resumen, se constata la existencia de un Daño patrimonial y un daño personal, necesitado de una reparación íntegra, en cuanto garantía de tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales y libertades públicas; los primeros (daños patrimoniales) la indemnización tendrá un carácter resarcitorio tendente a reparar la disminución patrimonial sufrida por el actor; la segunda tendrá un carácter resarcitorio, dado el carácter inmaterial del daño, tendente a, como señalaba la ST. del T.S., Sala 1ª, de 27-7-91, "...Contribuiría a sobrellevar el dolor..". Por último no cabe omitir también el carácter preventivo que tiene la propia indemnización, como refiere el art. 183 de la LRJS.

Resta por último concretar la cuantía indemnizatoria. Para ello resulta ilustrativa la reflexión compartida que realizaba el Magistrado D. Rafael Mendiazabal Allende en su voto particular a la STC 181/2000 al señalar que *"... las indemnizaciones en dinero son siempre aproximativas, nunca exactas por diversos motivos, el primero y principal la diferencia entre valor y precio; otro más importante también, la concurrencia de elementos inmateriales, como el valor efectivo o el dolor moral y, en fin la dificultad de probar no sólo el daño emergente sino el lucro cesante que ha obligado en ocasiones a utilizar el método estadístico....En definitiva se trata de una tendencia al modo weberiano que presiona para la aproximación al tipo ideal con la sospecha de que no será alcanzado jamás, un ejemplo entre muchos de la eterna aporía de Aquiles y la tortuga"*.

Así pues cualquier cuantificación de la indemnización posible es aproximativa y nunca alcanzará, por más o menos, el tipo ideal que repare in integrum el daño ocasionado, así como recogiera el necesario efecto desincentivador de comportamientos futuro.

A partir de tales parámetros se considera razonable lo solicitado por el actor, concretado en 40.000€. Se ha de resaltar que el art. 40 de la LISOS establece como sanciones a las faltas muy graves tres tramos, el medio va de 25.001 a 100.005€ y el grado máximo de 100.000€ a 187.515. Así pues la cantidad interesada se encuentra en el tramo medio, a pesar de la máxima censurabilidad que comporta la actuación de la demandada.

2.7.-Responsabilidad del FGS

En cuanto al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, de conformidad con lo dispuesto en el art. 33, apartados 1 y 2, del ET, debe ser condenado como responsable subsidiario por los conceptos y hasta los límites legales a su cargo, al pago de los salarios de tramitación .

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

FALLO:



Que estimando la demanda formulada por D. Nemesio contra LEROY MERLIN ESPAÑA S.L.U., debo declarar y:

- a) Declaro la existencia de vulneración del derecho a la libertad sindical del actor.
- b) Declaro la nulidad radical del despido del actor.
- c) Condeno a la demandada a que reintegre al actor a su puesto de trabajo y le abone los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente sentencia.
- d) Condeno a la demandada a que le abone la indemnización de 40.000€ por daños ocasionados.

Y condeno al FONDO DE GARANTIA SALARIAL, como responsable subsidiario y hasta los límites legales a su cargo, al pago de los salarios de tramitación para el caso de insolvencia empresarial.

Notifíquese esta resolución a las partes, a quienes se hace saber que no es firme y que contra ella cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana debiendo anunciarlo ante este mismo Juzgado por comparecencia o por escrito en el plazo de los cinco días hábiles siguientes al de su notificación, siendo indispensable que al tiempo de anunciarlo, si el recurrente es la empresa, acredite haber consignado el importe íntegro de la condena en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, abierta en el BANCOSANTANDER, en la C.C. que a tales efectos tiene abierta este Juzgado con el nombre de Depósitos y Consignación, C.C. nº 0218, o presente aval solidario de Entidad Financiera por el mismo importe, debiendo además consignar como depósito la cantidad de 300€ (art. 229 de la LRJS).

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.