

Id Cendoj: 28079140012009100604
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3280/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DESPIDO x
- x DERECHO DE IGUALDAD x
- x INDEMNIZACIÓN x
- x DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA x
- x CARGA DE LA PRUEBA x

Resumen:

RCUD. Tutela de Derechos Fundamentales. Trabajador despedido por Correos y Telégrafos. Despido improcedente. Exclusión posterior de una Bolsa de empleo. Derecho a la igualdad y a la indemnidad. Indemnización por vulneración de D.F. Cálculo de la cuantía.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Julio de dos mil nueve

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Correos y Telégrafos, S.A.E., contra sentencia de fecha 15 de julio de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso nº 1846/08, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Doña Encarna y por Correos y Telégrafos, S.A.E., contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Elche, en autos nº 619/07 seguidos por Doña Encarna frente a CORREOS Y TELEGRAFOS, S.A.E., sobre tutela derechos fundamentales.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida la Letrada Doña María Ascensión López López, en nombre y representación de Doña Encarna .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de diciembre de 2007 el Juzgado de lo Social nº 2 de Elche dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Encarna contra Correos y Telégrafos SAE procede efectuar los siguientes pronunciamientos: 1.- Debo declarar y declaro que la exclusión del actor de las bolsas de trabajo efectuada por la demandada constituye una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y debo declarar y declaro la nulidad radical de la citada conducta, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración. 2.- Debo declarar y declaro el derecho del actor a acceder a la actual bolsa de contratación teniendo en cuenta los mismos criterios en su día utilizados para confeccionar la misma siendo llamado a prestar servicios en la primera vacante que deba ser cubierta siempre y cuando el trabajador que ocupe un puesto posterior en la lista haya sido llamado en algún momento desde que entró en vigor las listas y debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a realizar las actuaciones pertinentes para dar cumplimiento a la misma. 3.- Debo condenar y condeno a la demandada a abonar al actor la suma total de 22.965,8 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios. 4.- Debo absolver y absuelvo a la demandada del resto de peticiones formuladas en la demanda que dio origen a las presentes actuaciones.".

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

" 1. Que la actora prestó servicios laborales para la demandada en los distintos periodos que se indican en la certificación de servicios prestados obrante en el ramo de prueba de la demandada que se da por reproducida.

2. Que interpuesta demanda de despido frente al cese acordado en fecha 16 de mayo de 2004 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Elche se declaró el despido nulo reincorporándose a su trabajo el 13 de enero de 2005. Que interpuesto recurso de suplicación por el TSJ Comunidad Valenciana se calificó el despido de improcedente siendo de nuevo cesada con fecha 28 de marzo de 2006, optando la demandada por la indemnización y recurriendo la demandada en casación ante el Tribunal Supremo pidiendo la desestimación de la demanda, recurso que todavía no ha sido resuelto.

3. Se tienen por reproducidos los criterios de desarrollo en materia de contratación de la demandada (circular nº 9/2001) obrantes en el ramo de prueba de la parte actora. En los mismos figura que la selección de candidatos se debe realizar a través de los siguientes mecanismos: 1º. Listas de contratación; 2º. Personal con experiencia previa en el trabajo en Correos; 3º. Solicitud de candidatos a los servicios públicos de empleo. El demandante consta incluido en las listas de contratación del año 1993.

4. Con fecha 28.05.2004 se publica en el BOE el acuerdo sobre el procedimiento de contratación del personal laboral temporal en la sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. en el que consta como requisito para formar parte de la bolsa de empleo "no haber sido despedido ni indemnizado por despido en Correos y Telégrafos, siendo ese, también, un motivo para decaer de las bolsas en que se figure". Este acuerdo deroga el publicado el 08.01.1993 y afecta a las convocatorias posteriores al mismo.

5. Que tras el cese del actor en fecha 16 de mayo de 2004 y a consecuencia de la interposición de demanda de despido la demandada excluyó a la actora de las listas de espera.

6. Con fecha 22.07.2005 se convocó la constitución de bolsas de empleo destinadas a la cobertura temporal de puestos base, a la contratación de personal fijo-discontinuo y al posterior ingreso como personal laboral fijo de correos. Uno de los requisitos para participar es "no haber sido despedido ni indemnizado por despido en Correos y Telégrafos en los términos establecidos por la CIVCA en su reunión de fecha 07.02.2005, tras el proceso de selección, fue publicado el listado definitivo el 27.04.2006 y entró en funcionamiento a partir del 01.07.2006, habiendo prestado servicios laborales múltiples trabajadores en virtud de dichas bolsas.

7. Con fecha 30.06.2006 se convocó la constitución de ingreso de personal fijo para los siguientes puestos del grupo profesional IV: reparto, atención al cliente y agente/clasificación de correos, en las que figura que las listas de ingreso vendrá determinada automáticamente por los candidatos de cada bolsa de empleo temporal, siendo los requisitos de los aspirantes, entre otro, formar parte de las bolsas de empleo destinadas a la cobertura temporal de puestos base publicada el 27.04.2006 y, excepcionalmente, los que tuviesen contrato en vigor a tiempo parcial para la prestación de servicios en sábados, madrugadas y fines de semana. Uno de los requisitos para participar es "no haber sido despedido ni indemnizado por despido en Correos y Telégrafos en los términos establecidos por al CIVCA en su reunión de 07.02.2005.

8. Que la actora presentó solicitud para formar parte de las bolsas de empleo pero fue rechazada pro no cumplir el requisito de no haber sido despedido ni indemnizado por despido en Correos y Telégrafos.

9. Que en interpretación del Acuerdo de 27 de febrero de 2004 se dictó sentencia de fecha 22 de febrero de 2005 por la Audiencia Nacional en procedimiento de conflicto colectivo en la cual se declaraba el derecho de los trabajadores afectados a no ser excluidos de las bolsas de empleo en las situaciones de despido nulo, despido por causas objetivas, económicas, tecnológicas y por fuerza mayor y despido colectivo, ni en los actos preparatorios de los despidos no indemnizados. Planteado recurso de casación ante el Tribunal Supremo, se dictó sentencia el 9 de marzo de 2007 que declaró el derecho de los trabajadores de la empresa demandada que hayan visto rescindido su contrato con el percibo de indemnización sea por despido sea en acto de conciliación previo al proceso a no ser excluido de la Bolsa de Empleo de la demandada por tal causa. Dicha sentencia está pendiente de resolución de recurso de amparo por el Tribunal Constitucional.

10. La retribución diaria que hubiera correspondido al actor en la entidad demandada asciende a las siguientes cuantías:

- año 2004 35,68 euros.
- año 2005 39,32 euros.
- año 2006 43,42 euros.
- año 2007 47,06 euros.
- año 2008 47,46 euros.

11. Que la demandada proporciona habitualmente a sus trabajadores cursos de formación y ayudas sociales.

12. Que desde el 28 de marzo de 2006 la actora ha percibido prestaciones por desempleo en el periodo comprendido entre 4 de abril de 2006 y el 3 de agosto de 2006."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Encarna y por Correos y Telégrafos, SAE, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 15 de julio de 2008 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado en nombre de Correos y Telégrafos, SAE y estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la demandante D^a Encarna , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Elche, de fecha 12 de diciembre de 2007 y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante y condenar a la entidad demandada a que realice a la actora la prueba de selección en las mismas condiciones que hubo en la convocatoria de 30 de junio de 2006, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose a la consignación o, en su caso, al aval el destino previsto legalmente. Se condena a Correos y Telégrafos SAE a que abone al Letrado de la parte actora la cantidad de 300 euros.

CUARTO.- Por el Abogado del Estado, en nombre y representación de Correos y Telégrafos, SAE, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2008 , recurso nº 2862/07.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 5 de marzo de 2009 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar la desestimación del recurso por falta de contradicción y subsidiariamente, y en cuanto al fondo, estimar procedente el recurso. Instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de julio de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La actora ha venido prestando servicios en Correos en los periodos que constan en la certificación de servicios a la que remite el hecho probado primero. Fue cesada el 16 de mayo de 2004 e interpuso demanda por despido que, declarado nulo por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Elche, después se declaró improcedente por la Sala del TSJ de la Comunidad Valenciana, optando la entidad demandada por la indemnización y cesando la actora de forma definitiva el 28 de marzo de 2006. Por sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo del 29 de mayo de 2008 , en recurso de casación unificadora nº 2979/06, tras declararse la inexistencia del despido, se concluyó desestimando la demanda inicial.

Con fecha 30 de junio de 2006 se convocaron pruebas de ingreso de personal fijo, presentando la actora solicitud para formar parte de las bolsas de empleo, de las que fue excluida por no cumplir el requisito de no haber sido despedida, ni indemnizada. En la demanda inicial de las presentes actuaciones se solicita que se declare la vulneración del derecho a la igualdad y de la garantía de indemnidad, que se le permita acceder a las bolsas de contratación y realizar la prueba de selección en las condiciones de la convocatoria de la que fue excluida, así como el abono de una indemnización. La sentencia de instancia estimó en parte la pretensión, reconoció la vulneración del derecho a la igualdad y el derecho a quedar incluida en la bolsa de contratación para prestar servicios en la primera vacante que se produjera, condenando a la demandada al abono de 22.965,80 euros por los daños causados. Esta indemnización se fijó partiendo de los siguientes criterios: 1º) la exclusión de las listas sólo se produce a partir del 28 de

marzo de 2006 y hasta entonces no existe pérdida de ingresos porque la actora ha percibido salarios y tiene pendiente de cobrar los de tramitación; 2º) desde el 4 de abril hasta el 3 de agosto de 2006 percibió prestaciones por desempleo y, por tanto, tampoco acredita una pérdida de ingresos. Se fija, pues, una indemnización por la pérdida de los salarios desde el 29 de marzo al 3 de abril de 2006 y desde el 4 de agosto de 2006 hasta la fecha de la sentencia (12-12-2007) que, conforme al salario declarado probado (43,42 # en 2006 y 47,06 # en 2007), se cuantifica en los referidos 22.965,8 euros.

2. La sentencia de instancia fue recurrida por las dos partes en suplicación. Correos y Telégrafos planteó cuatro motivos, sosteniendo la exclusión de la indemnización por no ser firme el carácter improcedente del despido (que, como se vio, ha sido definitivamente declarado como inexistente), la inaplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, la lesión del derecho a la negociación colectiva y la falta de acreditación del daño, entre otras razones, por no haber justificado la actora los contratos que pudieran haberle correspondido en caso de ser admitida en la bolsa. La parte actora formalizó cuatro motivos relativos a la repetición de la prueba de selección, la vulneración de la garantía de la indemnidad y la determinación de la indemnización de daños y perjuicios.

3. La sentencia recurrida desestimó el recurso de la entidad empleadora y estimó en parte el de la demandante, al considerar también vulnerada la garantía de indemnidad, condenando a la demandada a realizar la prueba de selección en las mismas condiciones de la convocatoria de 30 de junio de 2006, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida.

4. Contra este pronunciamiento recurre en casación unificadora la sociedad estatal demandada, planteando un solo punto de contradicción, relativo al reconocimiento de la indemnización por los días en que se contrató a otros trabajadores que tenían una posición inferior en las listas, y aportando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 17 de junio de 2008 (R. 2862/2007). En ella se condena a la entidad demandada al abono a los actores de una indemnización por los salarios dejados de percibir pero limitados a los períodos en que hubiesen sido contratados otros trabajadores con inferior preferencia y excluyendo cualquier cantidad adicional por daño moral. Los allí demandantes habían sido excluidos también de las listas de contratación tras la formulación de sus demandas por despido y la sentencia referencial fija la indemnización en "346,46 # por día, desde la fecha en que fueron contratados por la demandada trabajadores con inferior puesto en las lista".

5. Y es precisamente en este punto, es decir, respecto a los días de salario que han de tenerse en cuenta, en el que puede apreciarse la contradicción que se invoca, debiendo aclararse, por un lado, que el escrito de interposición, aunque ciertamente parco, contiene una relación suficientemente precisa y circunstanciada de la contradicción porque establece la identidad de las controversias y la oposición de los pronunciamientos. Por otra parte, y a la vista de alguna de las manifestaciones del Ministerio Fiscal, también conviene dejar sentado que la sentencia aquí impugnada, al confirmar en este extremo la resolución de instancia, se limita a cuantificar el importe de la indemnización, exclusivamente, en función de la pérdida de ingresos, según dice de forma literal, "por el período comprendido entre el 29 de marzo y el 3 de abril de 2006 y entre el 4 de agosto de 2006 y la fecha de dictado de la presente sentencia, que, según el salario declarado probado, asciende a un total de 22.965 ,8 euros", cantidad ésta que, en cuanto tal, no aparece cuestionada en el recurso.

SEGUNDO.- 1. El problema que el recurso plantea ha sido resuelto recientemente por esta Sala, analizando además la misma resolución referencial, en nuestra sentencia de 24 de junio de 2009 (R. 3412/08), y a idéntica solución, que no hay motivos para alterar, debemos llegar ahora, no sólo por elementales razones de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, sino también por resultar ello acorde con el espíritu y finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. La expresada resolución, en lo que aquí interesa, contiene los siguientes razonamientos literales, que sirven igualmente, como allí, para desestimar el presente recurso:

" El recurso no puede estimarse. Es cierto que la reparación del daño exige la alegación y acreditación de éste, que, según precisa la sentencia de contraste, ha de realizarse con criterios objetivos que en este caso han tener en cuenta "los salarios dejados de percibir por mor del decaimiento de las listas de contratación, aunque exclusivamente limitados a los periodos en que hubiesen sido contratados trabajadores con inferior preferencia en tales listas ...y en el reconocimiento de tal privación contractual a los efectos -económicos- del cómputo de ese tramo temporal como de trabajo". Y es así, porque el daño, que es elemento constitutivo necesario de la reparación, ha de ser efectivo y no se produce por la simple exclusión de la lista y la falta de empleo, sino que tiene que ponderar también la pérdida efectiva de las oportunidades de trabajo y no la de una mera expectativa de ocupación. Sólo hay pérdida efectiva de empleo cuando se ha producido la contratación de personas que ocupaban en las listas una posición inferior

a la de la demandante.

Esta exigencia de acreditación del daño ha sido establecida con reiteración por la Sala Primera de esta Tribunal y por esta Sala. Así la sentencia de la Sala Primera de 26 de octubre de 2005 señala que la doctrina que mantiene la posibilidad de acordar el efecto indemnizatorio por el simple incumplimiento es una doctrina que se refiere a supuestos excepcionales, en los que el incumplimiento determina «por sí mismo» un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral. Pero este criterio no puede generalizarse, porque "la jurisprudencia es reiterada en el sentido de que la indemnización exige la constancia de la existencia de daños y perjuicios y la prueba de los mismos". De esta forma -sigue diciendo la sentencia citada- "la cuestión relativa a la existencia o no de daños y perjuicios es de mero hecho".

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la doctrina que recoge la sentencia de 12 de diciembre de 2007, que cita otras muchas, entre ellas las de 22 de junio de 1996, 9 de noviembre de 1998, 28 de febrero de 2000 y que, en síntesis, señala que no basta con que quede acreditada la vulneración de un derecho fundamental; es preciso para que haya condena a la indemnización que "en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase".

Hay que concluir, por tanto, que no basta probar la exclusión de la lista o bolsa de contratación y la no ocupación para entender que existe un daño indemnizable. Es necesario además, como señala la sentencia de contraste, que el daño sea efectivo y esa efectividad sólo surge de la contratación durante el periodo de referencia de otros aspirantes en peor posición que la actora. Pero lo cierto es que en la demanda la actora afirma que en el periodo en que ha estado excluida de la lista, Correos "contrataba, todos los días, temporalmente a trabajadores con menor derecho". De esta forma, en la demanda se concreta y se delimita el daño de una manera efectiva, como exige la sentencia de contraste, y ante una afirmación como ésta la demandada estaba obligada a negar de manera inequívoca este hecho y acreditar, en virtud del principio de proximidad o control de la prueba, que en el periodo en cuestión no había sido contratada ninguna persona con puntuación inferior en la lista. No lo hizo así, como se deduce del acta de juicio y de las alegaciones formuladas en el recurso de suplicación, en el que se insiste en que "en ningún momento acredita su derecho a ser contratado, no justifica, ni siquiera menciona, los contratos que le habrían correspondido por el orden que ocupaba en las listas (...). Es cierto que, conforme al principio general de la carga de la prueba, correspondía a la actora probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de su demanda (artículo 216.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero, aparte de las excepciones que la propia ley establece en orden a la tutela antidiscriminatoria y la protección de los derechos fundamentales (artículos 96 y 179 de la Ley de Procedimiento Laboral), la doctrina jurisprudencial ha venido aplicando con carácter excepcional un criterio alternativo de carácter corrector ponderando las especiales dificultades probatorias de determinados hechos y la posición de las partes ante los medios de prueba.

Así, por ejemplo, en materia de reincorporación de la excedencia, la sentencia de 6 de octubre de 2005 , que continua una línea doctrinal anterior, señala que "la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte. Criterio éste que en la actualidad ya viene legalmente consagrado, al establecer el apartado 6 del tan citado art. 217 de la LEC vigente, tras haber suministrado determinadas reglas concretas acerca de la carga probatoria, que "para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio". Conforme a este principio se concluye que no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la existencia o inexistencia de determinada vacante en un momento concreto, no sólo porque a su alcance se encuentra la pertinente documentación, sino además porque la posible inexistencia, pese a tratarse de un hecho negativo, puede perfectamente probarla, en el caso de ser cierta, por cualquiera de los demás medios admitidos en derecho, entre ellos la testifical a cargo del personal conocedor del hecho". (...)

En conclusión, aunque efectivamente el daño no surge únicamente de la exclusión de las listas en la falta de empleo, lo cierto es que en el presente caso hay que considerar como acreditado el daño en los términos que para el periodo aceptado por la sentencia recurrida se establece en ésta, ya que la entidad demandada no ha probado que en ese periodo la actora no hubiese sido contratada por estar en una posición en la lista inferior a la de las personas que sí lo fueron" .

2. Debe, por tanto, desestimarse el recurso, con los pronunciamientos que de ello se derivan en orden a la pérdida del depósito constituido para recurrir y la condena en costas. En cuanto a la consignación realizada, se mantiene la misma en garantía del cumplimiento de la condena.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Sociedad Estatal CORREOS Y TELEGRAFOS, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 15 de julio de 2008, en el recurso de suplicación nº 1846/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2007 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Elche, en los autos nº 619/07, seguidos a instancia de D^a Encarna contra dicha recurrente, sobre tutela de derecho fundamental de igualdad. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, manteniéndose la consignación realizada como garantía del cumplimiento de la condena. Condenamos a la empresa recurrente al abono de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.