

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3ª, Sentencia 645/2020 de 16 Jul. 2020, Rec. 295/2020

Ponente: Prieto Fernández, María del Carmen.

Nº de Sentencia: 645/2020

Nº de Recurso: 295/2020

Jurisdicción: SOCIAL

Ref. CISS 138836/2020

ECLI: ES:TSJM:2020:9162

REGULACIÓN DE EMPLEO. Nula la decisión empresarial de incluir a la actora, miembro del comité de empresa, en el ERTE. Vulneración del derecho a la libertad sindical, con indemnización de daños y perjuicios. Preferencia legal expresa de permanencia de los representantes de los trabajadores en los casos de despidos colectivos que es extensiva a las suspensiones colectivas de contratos por fuerza mayor. ERTE del RD 8/2020, por COVID 19, que si bien en su articulado no establece el derecho de preferencia de los miembros del comité de empresa respecto de otros trabajadores en situación de suspensión del contrato, sin embargo no excluye su derecho ni puede ser interpretado extensivamente.

El TSJ Madrid desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 que estimó la demanda y declaró nula la decisión de la empresa de incluir a la demandante, representante de los trabajadores, en el ERTE, vulnerada la libertad sindical, y condena a la empresa a abonar indemnización.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34002650

NIG: 28.079.00.4-2020/0016020

Procedimiento Recurso de Suplicación 295/2020

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid Modificación sustancial condiciones laborales 354/2020

Materia: Modificación condiciones laborales

Sentencia número: 645/20-F

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

En Madrid, a dieciséis de julio de dos mil veinte, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los **Ilmos. Sres.** citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 295/2020, formalizado por el letrado D. ALBERTO FRANCISCO FERNANDEZ DE BLAS en nombre y representación de EULEN SEGURIDAD SA, contra la sentencia de fecha 08/05/2020 dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid en sus autos número Modificación sustancial condiciones laborales 354/2020, seguidos a instancia de ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD PRIVADA y Dña. Celestina frente a EULEN SEGURIDAD SA y MINISTERIO FISCAL, en reclamación por Modificación condiciones laborales, siendo Magistrado-Ponente e/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su

conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

Primero.- Dña. Celestina, mayor de edad y con DNI NUM000, viene prestando servicios por cuenta de EULEN SEGURIDAD S.A., con una antigüedad reconocida en nómina de 4-12- 2013, con la categoría profesional de vigilante de seguridad, estando adscrita al servicio de vigilancia prestado por la empresa a AENA en el Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, servicio identificado como "Lote 2: Servicio de Seguridad, seguridad pública, patrullas, CCAA empleados y vehículos e inspección de Bodega en el Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas".

Dña. Celestina, desde junio de 2018 ha venido ocupando puesto correspondiente al servicio de filtros empleados de la T4+1.

Segundo.- Dña. Celestina está afiliada al Sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada, ostentando la condición de delegada sindical desde el año 2017 y la condición de miembro del comité de empresa desde febrero de 2019.

Dña. Celestina formó parte del Comité de huelga constituido en noviembre de 2018 para el ejercicio de este derecho en el periodo 21-12-2018 a 8-1-2019 en el Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid- Barajas.

En diciembre de 2018, la empresa EULEN SEGURIDAD PRIVADA S.A., presentó demanda de conflicto colectivo frente a los integrantes del Comité de Huelga solicitando la declaración de ilegalidad de la promoción de la huelga convocada. En dicho procedimiento fue parte Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada. La demanda fue desestimada por carencia sobrevenida de objeto mediante sentencia de fecha 14-2-2019. No consta que la sentencia fuera recurrida.

En marzo de 2019 Dña. Celestina interpuso demanda frente a EULEN SEGURIDAD S.A., sobre modificación de condiciones de trabajo y vulneración de libertad sindical, impugnando la decisión empresarial de cambio de horario de trabajo comunicado el 1-2-2019. La demanda dio lugar al procedimiento número 303/2019 del Juzgado de lo Social 38 de Madrid, que el día 17-5-2019 dictó sentencia estimando la demanda, declarando nula la modificación, condenando a la empresa a la inmediata reposición al horario anterior y al abono de una indemnización por importe de 6.250 euros por daños morales. La indicada sentencia es firme.

Tercero.- En el año 2015, el Juzgado de lo Social 7 de Madrid, en procedimiento número 691/2015 sobre tutela de la libertad sindical, dictó sentencia estimando la demanda interpuesta por Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada contra Eulen Seguridad S.A., declarando que la empresa había vulnerado la libertad sindical del sindicato declarando nula la negativa de la empresa al reconocimiento de delegados sindicales.

En enero de 2018 tuvo lugar en la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, en el seno del procedimiento 329/2017 acto de conciliación en relación al conflicto colectivo planteado por Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada contra EULEN SEGURIDAD PRIVADA S.A., en el que las partes alcanzaron acuerdo.

En el año 2019, Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada ha presentado varias denuncias ante la Inspección de Trabajo frente a EULEN SEGURIDAD S.A.

Cuarto.- Mediante RD 463/2020 de 14 de marzo se declaró el estado de alarma.

El día 30-3-2020 AENA comunicó por escrito a EULEN SEGURIDAD S.A., la suspensión parcial del expediente NUM001 "Servicio de Seguridad, Seguridad Pública, Patrullas, CCAA Empleados y vehículos e inspección de bodega", con efectos de las 00.00 horas del día 31-3-2020, indicándose en la comunicación lo previsto en el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula el permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras de los servicios no esenciales, hasta el 9 de abril de 2020 así como que sólo una parte del objeto del contrato existente entre las partes tenía la consideración de servicio esencial conforme al indicado RD-Ley.

Mediante documento anexo a la comunicación (el cual obra como documento 2 de los aportados por la empresa y que aquí se da por reproducido), se indicaban los puestos y servicios que quedaban suspendidos, incluyéndose el servicio de Acceso Empleados T4+0.

Quinto.- Dña. Celestina inició proceso de incapacidad temporal el día 31-3-2020, con diagnóstico relacionado con el COVID-19 y por contingencia accidente de trabajo.

Sexto.- El día 7-4-2020 tuvo entrada en la Dirección General del Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid comunicación de EULEN SEGURIDAD S.A., sobre expediente de regulación de empleo por fuerza mayor que afectaba a un total de 170 trabajadores sobre una plantilla de 1272 trabajadores y con efectos de 10-4-2020. La relación de trabajadores afectados, y entre los que se encontraba Dña. Celestina, obra en la comunicación de ERTE unida como documento número 4 aportado por la empresa y que aquí se da por reproducida.

Para la designación del personal afectado por el ERTE, el Departamento de RRHH, una vez recibida la comunicación de Aena sobre suspensión parcial del servicio contratado, hizo uso de tres criterios: 1º. Personal que ocupara puesto afectado por la suspensión; 2º. Personal que se encontrara en situación de incapacidad temporal relacionado con el COVID-19; 3º. Resultados de las encuestas de calidad realizadas por el cliente en relación al personal vinculado a un puesto de radioscopia.

La empresa no tuvo en cuenta la condición de representante legal de los trabajadores para excluirlos del ERTE.

Entre los trabajadores seleccionados para ser incluidos en el ERTE, junto a Dña. Celestina se incluyeron a otros 6 trabajadores de otros sindicatos que ostentan la condición de miembros del comité de empresa.

Séptimo.- Con fecha 7-4-2020 la empresa comunicó el ERTE por causa de fuerza mayor a los representantes de los trabajadores. Con la misma fecha se comunicó a Dña. Celestina su inclusión en el ERTE, comunicación efectuada mediante escrito que obra al folio 49 y que aquí se da por reproducida.

Octavo.- Dña. Celestina recibió el alta médica el día 13-4-2020.

Noveno.- Tras la aplicación del ERTE, desde el comité de empresa y secciones sindicales se ha planteado a la empresa la forma de excluir del ERTE a los miembros del comité, celebrándose dos reuniones vía telemática, para cuya convocatoria el presidente del comité remitió comunicación a cada sindicato con representación para que designaran un miembro del comité que participara en las reuniones telemáticas con la empresa. Alternativa

Sindical recibió esa comunicación y designó a uno de sus afiliados integrantes del comité y no afectado por el ERTE para participar en la reunión que tuvo lugar el día 22-4-2020. En esa reunión el tema planteado por el comité fue el de desafectar del ERTE a determinados trabajadores incluidos los que ostentaban la condición de miembro del comité. Tras la reunión, el presidente del comité remitió a la empresa un escrito con criterios de desafeción de trabajadores del ERTE (en primer lugar el personal que desarrollara su trabajo en un puesto que retomara su actividad; en segundo lugar la antigüedad en el servicio) y se recogía la propuesta de la empresa de reincorporar al trabajo a los miembros del comité incluidos en el ERTE conforme fueran recibiendo el alta médica. El escrito obra como documento 13 de los aportados por la empresa y aquí se da por reproducido.

El día 28-4-2020 tuvo lugar una segunda reunión del comité, realizada telemática y en la que participó un representante de cada sindicato con representación en el comité. En esta reunión la empresa mantuvo su ofrecimiento de ir reincorporando a los miembros del comité afectados por el ERTE conforme fueran recibiendo el alta médica, no alcanzándose acuerdo entre los propios miembros del comité sobre la forma y destino para hacer la reubicación. No consta que a fecha del juicio se levantara acta de esa reunión telemática.

Décimo.- El día 22-4-2020 se presentó demanda.

Décimo Primero.- A raíz de la reunión entre la empresa y el comité del día 22 de abril, a Dña. Celestina se le ha ofrecido quedar desafectada del ERTE y se le reubicó en un puesto de patrulla en la T4 al que debía incorporarse el día 27 de abril de 2020. Llegada esa fecha, la trabajadora no se incorporó al puesto.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que ESTIMANDO la demanda que en materia de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES ha interpuesto DÑA. Celestina en la que actúa como coadyuvante ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD PRIVADA contra EULEN SEGURIDAD S.A., debo declarar y declaro la nulidad de la decisión empresarial de incluir a la actora en el ERTE por vulneración de la libertad sindical, dejando sin efecto esa afectación y ordenando el inmediato reingreso de la trabajadora a un puesto de trabajo de vigilante en el servicio de vigilancia prestado por la empresa en el Aeropuerto de Madrid para AENA, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias legales correspondientes en materia de abono de salarios y cotización y a indemnizar a la demandante en la cantidad total de 1.000 euros y al sindicato coadyuvante en la cantidad total de 1.000 euros; y todo ello, habiéndose dado intervención al MINISTERIO FISCAL.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte EULEN SEGURIDAD SA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD PRIVADA.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 24/06/2020, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 16/07/20 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid de fecha ocho de mayo de dos mil veinte, en procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo 354/2020, estima la demanda de la actora y la tutela de sus derechos fundamentales declarando la nulidad de la decisión empresarial de incluir a la actora en el ERTE por vulneración de su derecho a la libertad sindical, dejando sin efecto esa afectación y ordenando el inmediato reingreso de la trabajadora a un puesto de trabajo de vigilante en el servicio prestado en el aeropuerto de Madrid para AENA, con las consecuencias legales que fija en el fallo y la condena al abono de 1000 euros de indemnización para la actora y para el sindicato coadyuvante respectivamente.

Frente a la misma se interpone por la Empresa EULEN SA recurso de Suplicación al amparo del art. 193 c) de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social, partiendo de los hechos que se declaran probados que no son objeto de impugnación. El recurso es impugnado por el sindicato coadyuvante Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada.

SEGUNDO. El primero de los motivos, al amparo del art. 193 c) alega, sin utilizar la vía adecuada, en su caso, del art. 193 a) de la Ley Reguladora, la falta de acción derivada de la carencia sobrevenida de objeto de la Litis, por entender que de los hechos que se declaran probados se infiere que la petición de la actora, de dejar sin efecto el ERTE respecto de sí misma, carece de objeto a la fecha de la presentación de la demanda y por ende de la celebración del juicio oral.

Sin embargo, en la vista oral del 29 de abril de 2020 ninguna excepción procesal en este sentido se ha planteado por la recurrente, ni por lo tanto se alegó la carencia sobrevenida de objeto, con evidente incumplimiento de lo preceptuado en el art. 85.2 de la LRJS, premisa ésta que supone, la introducción por primera vez de la citada excepción procesal en la formalización de este recurso de Suplicación, y ello una cuestión nueva de la que no cabe duda que la empresa conocía su existencia puesto que ella misma alega que ya existía en la presentación de la demanda, obviando, desde entonces, y por lo tanto, su obligación de oponerse y plantear la excepción.

Como la sentencia de 13 de mayo de 2013 (rec.- 239/2011), es reiterada la doctrina de la Sala Cuarta en la que se proclama el "criterio general de la inadmisibilidad de "cuestiones nuevas" en todo recurso. "Criterio que tiene su fundamento en el principio de justicia rogada (epígrafe VI de la EM de la LECiv ; art. 216 del mismo cuerpo legal), del que es consecuencia, y que más en concreto ha de excluirse en el recurso de casación -bien sea ordinario o para la unificación de doctrina-, que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería -asimismo- los principios de audiencia bilateral y congruencia (con cita de muchas otras anteriores, SSTS 11/12/07 -rcud 1688/07 ; 05/02/08 -rcud 3696/06 ; 22/01/09 -rco 95/07 ; 18/03/09 -rco 162/07 ; y25/01/11 -rcud 3060/09). Y al efecto se ha argumentado por esta Sala que si por el principio de justicia rogada el Juez o Tribunal "sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los

que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas... Por tanto, fuera de esos momentos iniciales... no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso" (STS 04/10/07 -rcud 5405/05) " (entre otras, STS/IV 23-abril-2012 - rco 77/2011, con doctrina que reitera, entre otras, la posterior STS/IV 20-diciembre-2012 -rco 275/2011 y Sentencia 422/2017 de 12 de mayo Rec.201/2015.

Razones que avalan la desestimación del motivo.

TERCERO. Con amparo en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción del art. 22 del Real Decreto 8/2020 en relación con el art. 13 del R.D. 1483/2012 y el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Las razones que sustentan el motivo no pueden ser aceptadas por la Sala en base a los argumentos que exponemos a continuación.

El art. 51. 5 del ET reconoce una preferencia expresa de permanencia de los representantes legales de los trabajadores en los casos de despidos colectivos regulados en dicho artículo por las causas que establece en su apartado primero, y en el séptimo. Teniendo en cuenta que las suspensiones colectivas de contratos por fuerza mayor del art. 47.3 del ET se regulan por la vía del art. 51.7 del ET, resulta de aplicación, también a las suspensiones la preferencia contemplada en el art. 51.5 bajo el que se rige el supuesto del art. 51.7. Este es el criterio seguido por la Magistrado de Instancia, y que se discute en el motivo.

Entendemos que no se infringe el R.D. 8/2020 porque aunque no articule expresamente la prerrogativa del art. 68 del ET, tampoco la elimina y no cabe, como pretende la recurrente, interpretar el silencio del Legislador de forma extensiva y menos aún cuanto se trata de la interpretación de un derecho fundamental. En este sentido se ha vulnerado el derecho sindical de la actora, como miembro del comité de empresa al incluirla en el ERTE, tramitado de conformidad con el R.D. 8/2020 por COVID 19, que si bien es cierto que en su articulado no establece el derecho de preferencia de los miembros del comité de empresa respecto de otros trabajadores en situación de suspensión del contrato de trabajo, derivado del COVID 19, sin embargo no excluye su derecho ni puede ser interpretado extensivamente. - En consecuencia Doña Celestina no debió ser incluida en el ERTE y el fallo de instancia que así lo establece debe ser confirmado por la Sala de Suplicación.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por EULEN SEGURIDAD SA, contra la sentencia de fecha 08/05/2020 dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid en sus autos número Modificación sustancial condiciones laborales 354/2020, seguidos a instancia de ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD PRIVADA y Dña. Celestina frente a EULEN SEGURIDAD SA y MINISTERIO FISCAL, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir, así como al pago de 600 euros en concepto de honorarios al letrado impugnante.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0295-20 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0295-20.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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