

Notif 3/3/09



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

Passeig Lluís Companys s/n
Barcelona
934866175

Rafael Senra Biedma
Av. Portal de l'Angel 7 1º 2ª A
Barcelona 08002 Barcelona

SECRETARIA JUDICIAL DE SALA D/DÑA. ROSA EGEA GRAS. (mr0171)

IMPORTANTE: SI PROCEDIERE, UNA VEZ FIRME LA SENTENCIA, EL IMPORTE DEL PRINCIPAL Y DE LA CONDENA EN COSTAS , DEBERÁ INGRESARSE EN LA CUENTA DE CONSIGNACIONES DEL JUZGADO DE LO SOCIAL CORRESPONDIENTE, DEBIENDO SOLICITAR EL NÚMERO DE CUENTA EN EL MISMO.

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN DE PROVIDENCIA Y DE SENTENCIA

En el rollo de Sala núm.: 7466/2008 formado para resolver el recurso de suplicación interpuesto contra resolución dictada por el Juzgado Social 7 Barcelona en los autos Demandas núm. 301/2008, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha dictado, providencia de votación y fallo y con fecha 20/02/2009 la sentencia que por copia autorizada se acompaña a la presente.

Se le hace saber que tal resolución no es firme y que contra la misma puede interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina, para ante la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, el cual debiera prepararse mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la presente notificación y con los demás requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art. 219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del texto procesal laboral el depósito de los 300,50 euros se efectuará en la cuenta que la Presidencia de la Sala IV del Tribunal Supremo tiene abierta en la Oficina del Banco Español de Crédito-BANESTO- de la calle Barquillo nº. 49 de Madrid- clave de la oficina 1006-C.C.-2410, añadiendo a continuación los número indicativos del recurso en ese Tribunal, debiendo acreditar haberlo efectuado, al personarse en dicha Sala del Tribunal Supremo, dentro del término del emplazamiento que se le practique.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda (en caso de recurso de casación ante el Tribunal Supremo), se efectuará en la cuenta que esta Sala de lo Social tiene abierta en el Banco Español de Crédito-BANESTO- en la oficina núm. 2015 sita en la Ronda de Sant Pere, 47 de Barcelona a la cuenta nº 0937-0000-80 añadiendo a continuación el número y año de Rollo, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Y para que sirva de notificación en forma a la persona que se indica, libro la presente que firmo en Barcelona a veintiseis de febrero de dos mil nueve.

LA SECRETARIA JUDICIAL





TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

SECRETARIA JUDICIAL DE SALA D/DÑA. ROSA EGEA GRAS

Recurso de suplicación: 7466/2008

Recurrente: José Antonio Valverde Ramírez y Atos Origin S.A.E.

Recurrido: -Ministerio Fiscal-

Reclamación: Tutela de derechos fundamentales

JUZGADO SOCIAL 7 BARCELONA

DILIGENCIA.- En Barcelona, a diecisiete de febrero de dos mil nueve.

La extiendo yo, la Secretario para hacer constar el estado que mantiene el presente procedimiento. Paso a dar cuenta a la Sala. Doy fe.

PROVIDENCIA.-

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO

En Barcelona, a diecisiete de febrero de dos mil nueve.

Dada cuenta; se señala para deliberación, votación y fallo en el presente procedimiento el próximo día 18 de febrero de 2009.

Así lo acordó la Sala y firma el/la Ilmo/a. Presidente. Doy fe.

DILIGENCIA.- Barcelona a la misma fecha.
Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

ES COPIA
EL SECRETARIO



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2008 - 0017766
EL

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ
ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL
ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY

En Barcelona a 20 de febrero de 2009

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 1508/2009

En el recurso de suplicación interpuesto por José Antonio Valverde Ramírez y Atos Origin S.A.E. frente a la Sentencia del Juzgado Social 7 Barcelona de fecha 10 de junio de 2008, dictada en el procedimiento Demandas nº 301/2008 y siendo recurrido/a -Ministerio Fiscal-. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Adolfo Matias Colino Rey.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de abril de 2008, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Tutela de derechos fundamentales, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 10 de junio de 2008, que contenía el siguiente Fallo:

" Que estimando como estimo en parte la demanda interpuesta por Don José ANTONIO VALVERDE RAMÍREZ frente a la empresa ATOS ORIGIN S.A.E., sobre vulneración de derechos fundamentales, declaro la existencia de la vulneración denunciada del derecho a la libertad sindical y la nulidad de la conducta empresarial, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a



cesar de forma inmediata en su comportamiento antisindical, reponiendo al actor en el estatuto jurídico al momento anterior a la trasgresión de las normas constitucionales reconociéndole la categoría de Analista Orgánico, cesando en su actitud contraria a la promoción profesional y económica del actor y reparando el daño causado mediante el abono al demandante de la cantidad de 83.168'44 € en concepto de indemnización de daños y perjuicios materiales (33.398'34 € por diferencia de salario entre categoría profesional que ostenta y la que debería haber ostentado; 43.420'10 € por las diferencias entre la media de los incrementos salariales obtenidos por sus compañeros y los abonados al actor; y 6.350 € como honorarios del letrado y perito) y 15.000€ como indemnización de daños y perjuicios morales. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" 1º.- D. JOSÉ ANTONIO VALVERDE RAMÍREZ, con D.N.I. nº 39.693.687-B presta servicios por cuenta y bajo las órdenes de la empresa ATOS ORIGIN S.A.E., desde el día 1 de septiembre de 1999, con la categoría profesional de Analista Programador y salario bruto mensual con prorrata de pagas extras de 2.100,43 €.

2º.- El actor es representante activo en la empresa, electo en las listas del sindicato CCOO desde el día 5 de octubre de 2000 como Secretario del Comité de Empresa y posteriormente, desde diciembre de 2000, como Presidente del mismo. Asimismo, en las elecciones sindicales correspondientes al año 2005, el actor fue reelegido como miembro del Comité de Empresa, inicialmente como Secretario, y a partir de noviembre de 2005, como Presidente del mismo.

3º.- En la evaluación de desempeño y plan de desarrollo realizado por la empresa respecto del año 2002, el actor hace constar su disconformidad con su falta de promoción y revisión salarial en comparación a empleados con su misma categoría, así como a la negativa de la empresa de facilitarle la formación solicitada.

4º.- En fecha 16 de mayo de 2002, el trabajador solicitó a la empresa hacer un curso de Diseño orientado a Objetos, posteriormente, en fecha 21 de mayo de 2003, solicitó hacer el curso de Análisis y Diseño estructurado avanzado, y en fecha de 25 de noviembre de 2003, solicitó realizar un curso de inglés.

5º.- El actor, desde su incorporación en la empresa estuvo destinado realizando tareas como Analista Programador para Banco Vitalicio y para Banco Sabadell hasta mayo de 2000; para Comercial Unión, Previsora General e Imperio, así como para Banco Vitalicio, Insa Sistemas, Allianz, Cyclops, hasta febrero de 2002 y para AGBAR hasta febrero de 2003.

6º.- En marzo de 2003, la empresa desasignó al trabajador del cliente AGBAR, permaneciendo desde entonces "en espera de asignación", al no estar asignado a ningún proyecto.

7º.- En fecha 29 de marzo de 2007, el trabajador interpuso denuncia ante la



Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona, planteando la postergación profesional, la falta de ocupación efectiva y la falta de formación por parte de la empresa.

8º.- La Inspección de Trabajo, en fecha de 20 de julio de 2007, emitió informe en el que se aprecian indicios de discriminación salarial por motivos de participación en actividades sindicales, requiriendo a la empresa para dar ocupación efectiva al actor, realizándose los cursos de reciclaje necesarios y levantando acta de infracción a la empleadora por la falta de ocupación efectiva del trabajador. Ante dicha acta, la empresa presentó escrito de alegaciones, que fue resuelto desfavorablemente a los intereses de la parte demandada por Resolución de fecha 8 de noviembre de 2007, presentándose posteriormente, en fecha 21 de diciembre de 2007 Recurso de Alzada.

9º.- La empresa, en fecha 1 de agosto de 2007, envió una carta al trabajador informándole de su inscripción en los siguientes cursos formativos: a) ITIL Foundations (20 horas), desde el día 3 al 6 de septiembre de 2007 y con horario de 15:00 a 20:00 horas; b) Análisis y Diseño Orientado a Objetos con UML (32 horas) del día 15 al 25 de octubre de 2007 y con horario de 15:00 a las 19:00 horas y; c) Programación Java I (25 horas), del 12 al 19 de noviembre de 2007 y con horario de 15:00 a 20:00 horas. En fecha 20 de agosto de 2007, el actor mostró su disconformidad con el hecho de que los cursos de formación a desarrollar se dieran en parte fuera de su jornada laboral, permitiéndole la empresa en respuesta, realizar como jornada laboral la destinada a asistir al mencionado curso.

10º.- En el año 1999, fecha de incorporación del actor a la empresa, lo hicieron junto a él en el mismo año los siguientes trabajadores:

Hector Tobio Suárez, alta en 07/01/1999
Jorge Leon Vintro, alta en 15/03/1999
Enrique Bedmar Zamora, alta en 16/03/1999
Joan Ramon Torrescassana Guardia, alta en 22/03/1999
Moisés Marba Rafart, alta en 06/04/1999
Marc Llanes Badia, alta en 10/06/1999
Jaume Pérez Mouriz, alta en 05/07/1999
Jose Antonio Valverde Ramirez, alta en 01/09/1999
Eduardo Traperó García, alta en 13/09/1999
Jose Luis Hervás Muñoz, alta en 01/10/1999
Javier Alaix Idoate, alta en 01/10/1999
Cristina Villagrasa Guarque, alta en 07/10/1999
Verónica González Cecilia, alta en 08/10/1999
Cesar Javier Aznar Yus, alta en 18/10/1999
David Garrasco Estrade, alta en 02/11/1999
Bernat Ballester Sadurni, alta en 08/11/1999
Alicia Juste Gilabert, alta en 18/11/1999
Antonio Moreno González, alta en 01/12/1999
David Lozano Ruiz, alta en 01/12/1999

Los trabajadores mencionados, ingresaron en la categoría de Analista Programador, salvo Marc Llanes Badía, que entró con la categoría de Programador Junior y



Antonio Moreno González, que lo hizo con la de Programador Senior.

11º.- Desde 1999, la empresa se sujeta a los incrementos salariales que se establecen en el Convenio Colectivo del Sector de Empresas Consultoras, realizándose incrementos diferentes según los trabajadores, y en distintas fechas del año, produciéndose en algunos supuestos la congelación del salario, con aplicación del mecanismo de la compensación y la absorción previsto en el Convenio Colectivo. En fecha de 5 de julio de 2006 se suscribe el "Acuerdo de subida salarial", en el que se establecen los incrementos salariales para los años 2006, 2007 y 2008, en atención a las bandas salariales de cada empleado y a las evaluaciones obtenidas por los trabajadores, aplicándose a los que no se les ha evaluado, el incremento del IPC del año anterior. Dado que el actor, desde el mes de marzo de 2003, no tiene asignado ningún proyecto, permaneciendo "en espera de asignación", no ha sido objeto de evaluación por la empresa, percibiendo el incremento del IPC previsto en el mencionado acuerdo.

12º.- Las diferencias del menor incremento que ha tenido el salario del actor respecto al incremento medio de sus compañeros del tertium comparationis en los aumentos de salario desde el inicio de su actividad sindical, son las siguientes:

□ En enero de 2001, el incremento salarial medio de los trabajadores ya citados que constituyen el tertium comparationis fue de 15'86%, mientras que el actor tuvo un 1%.

En enero de 2002, el incremento salarial medio del tertium comparationis fue de 2'15%, mientras que el actor tuvo un 0%.

En enero de 2003, el incremento salarial medio del tertium comparationis fue de 5'17%, mientras que el actor tuvo un 2%.

En enero de 2004, el incremento salarial medio del tertium comparationis fue de 3'99%, mientras que el actor tuvo un 1'5%.

En enero de 2005, el incremento salarial medio del tertium comparationis fue de 4'93%, mientras que el actor tuvo un 0%.

En enero de 2006, el incremento salarial medio del tertium comparationis fue de 1'38%, mientras que el actor tuvo un 0%.

En julio de 2006, se suscribió un "Acuerdo de subida salarial", por lo que el incremento salarial medio del tertium comparationis fue de 2'03%, mientras que el actor tuvo un 3'75%.

En enero de 2007, tras la aplicación del nuevo acuerdo salarial, el incremento salarial medio del tertium comparationis fue de 9'60%, mientras que el actor tuvo un 2'70%.

13º.- A finales de 2007, en la empresa trabajan ocho trabajadores que entraron en la empresa el mismo año y en similares condiciones que el actor con los siguientes salarios y categorías:

SALARIOS 1999/ 2007

LLANES BADIA, MARC 15.025,30 / 44.500

ALAIX IDOATE, JAVIER 27.045,58 / 38.822,56

LOZANO RUIZ, DAVID 27.045,54 / 34.399,40

HERVAS MUÑOZ, JOSE LUIS 21.035,42 / 31.740,10

BEDMAR ZAMORA, ENRIQUE 21.035,42 / 28.100,10



GONZALEZ CECILIA, VERÓNICA 21.035,42 / 26.900,02
MORENO GONZALEZ, ANTONIO 20.434,40 / 26.374
VALVERDE RAMÍREZ, JOSEP ANTON 21.636,44 / 24.106,56

CATEGORÍAS 1999/ 2007

LLANES BADIA, MARC Programador Junior / Consultor Jefe Proyecto
ALAIX IDOATE, JAVIER Analista Programador / Analista Orgánico Senior
LOZANO RUIZ, DAVID Analista Programador / Analista Orgánico
HERVAS MUÑOZ, JOSE LUIS Analista Programador / Analista Orgánico Senior
BEDMAR ZAMORA, ENRIQUE Analista Programador / Analista Orgánico Senior
GONZALEZ CECILIA, VERÓNICA Analista Programador / Analista Orgánico
MORENO GONZALEZ, ANTONIO Programador Senior / Analista Orgánico
VALVERDE RAMÍREZ, JOSEP ANTON Analista Programador / Analista Programador

14º.- En la empresa hay al año unas 1.100 promociones internas. Dicha promoción se realiza ofertando los puestos de trabajo a través de la Intranet. Asimismo, el contenido y desarrollo de los cursos de formación también se ofrecen a los trabajadores por Intranet. El actor solicitó con fechas de 16 de abril de 2002, de 23 de mayo de 2003 y de 25 de noviembre de 2003 poder realizar unos cursos de formación concretos.

15º.- En fecha 3 de diciembre de 2007, tuvo entrada en el Juzgado Decano de Barcelona, escrito presentado por el actor solicitando la realización de actos preparatorios previos para la formulación de la demanda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 77 del TRLPL.

16º.- En fecha 6 de febrero de 2008 la empresa hizo entrega al actor de la "Descripción del puesto correspondiente a nueva asignación", firmándola éste y dejando pendiente de dar respuesta. En fecha de 18 de febrero de 2008, el trabajador solicitó ampliación de la información al respecto, acordando la empresa que la decisión se tomaría a la vuelta del permiso de paternidad del actor. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anuncia recurso de suplicación la parte actora y demandada, que formalizaron dentro de plazo. La parte demandada ha impugnado el recurso de la parte actora, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimó parcialmente la demanda interpuesta por el demandante, sobre tutela de libertad sindical, se interponen los presentes recursos de suplicación, por ambas partes.

El demandante presentó demanda solicitando: a) la nulidad radical de la conducta de la empresa demandada atentatoria a los derechos fundamentales de la



Constitución que se concreta en la nulidad radical de la decisión de la demandada de no promocionar al actor profesionalmente, de haber dado un trato peyorativo en los incrementos salariales discrecionales, de haberle apartado de la formación profesional y de haberle negado trabajo efectivo; b) El cese inmediato de dicha conducta en el futuro; c) la reposición del estatuto jurídico del actor al momento anterior a la transgresión de las normas constitucionales constitucionales, consistente en que la empresa demandada le reconozca la categoría profesional que se deriva de la alcanzada por los trabajadores que integran el tertium comparationis, Analista Orgánico Senior, con el salario que corresponde a dicha categoría, de 32.887'59 €; y d) la indemnización por daños y perjuicios morales y materiales, que cifra en las siguientes cantidades: 48.472'75 €, en concepto de ganancia dejada de percibir por las diferencias de salario entre la categoría profesional que ostenta y la que debería haber ostentado, 43.420,10 €, por las diferencias entre la media de los incrementos salariales obtenidos por sus compañeros que integran el tertium comparationis y los inferiores que se le han abonado, 5.800 €, más IVA, por los gastos ocasionados por minuta de honorarios profesionales del Letrado, 550 €, en concepto de honorarios del perito contable, y 20.000 € en concepto de daños morales.

La sentencia de instancia ha estimado en parte la demanda formulada, declarando la existencia de la vulneración del derecho a la libertad sindical, la nulidad de la conducta empresarial, ha condenado a la empresa a cesar en su comportamiento antisindical, a reconocer al demandante en la categoría de Analista Orgánico y a abonarle la cantidad de 83.168,44 €, por daños y perjuicios materiales y 15.000 €, en concepto de daños morales.

SEGUNDO.- En los primeros motivos del recurso y con amparo procesal en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente solicita la revisión de los hechos probados cuarto, sexto, octavo, duodécimo, decimocuarto y decimosexto.

Con carácter previo ha de indicarse que, al ser el proceso laboral de única instancia, la valoración de la prueba es una función que viene atribuida al Juzgador de instancia, sin que en la suplicación -recurso de naturaleza extraordinaria- el Tribunal pueda entrar a conocer de toda la actividad probatoria practicada en la instancia, toda vez que sus facultades de revisión queda limitada a las pruebas documentales y periciales que obren en autos; pero, además, en estos casos, la facultad de revisión es excepcional, en la medida en que solo puede accederse a la modificación del relato de hechos cuando de forma inequívoca resulte evidente el error en la valoración de los medios de prueba. De lo contrario debe prevalecer el contenido de los hechos probados de la sentencia de instancia, que ni siquiera puede ser sustituido por una valoración distinta de los medios de prueba que pueda efectuar la Sala. Estas consideraciones implican que la revisión de los hechos declarados probados exige una serie de requisitos, conforme a una reiterada doctrina de suplicación: a) Que la equivocación que se imputa al juzgador, resulte del todo patente y sin necesidad de realizar conjeturas o razonamientos, más o menos fundados, de documentos o pericias obrantes en autos que así lo evidencien. b) Que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria. c) Que los resultados postulados, aún deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos pues en caso de contradicción entre ellas debe



prevalecer el criterio del juzgador "a quo", a quien le está reservada la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes. d) Finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas.

2.1.- Propone la parte recurrente una redacción alternativa del hecho probado cuarto, con la finalidad de que se concrete el motivo por el que fueron denegados los cursos que había solicitado el demandante. Ya se acepta en el texto que se formula que los mencionados cursos le fueron denegados y no se observa una diferencia esencial entre la redacción que se propone por la parte recurrente y el razonamiento de la sentencia de instancia, fundamento de derecho quinto, cuando se alude de forma genérica a los motivos utilizados por los que la empresa para la denegación de realizar los mencionados cursos. Si debe aceptarse que la fecha de la primera petición fue el 16 de abril de 2.002 y no 16 de mayo de 2.002, pero se trata de un mero error de transcripción, que debe entenderse subsanado.

2.2.- La modificación del hecho probado sexto consiste en que se haga constar que la empresa desasignó al trabajador "ante las quejas recibidas tanto por parte de los clientes como por sus propios compañeros y superiores, permaneciendo desde entonces en 'espera de asignación', al no estar asignado a ningún proyecto". Se remite a la prueba testifical practicada en el acta del juicio, pero dicha prueba no es idónea a efectos de revisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 191 y 194 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues la revisión, como anteriormente se ha indicado, solo puede justificarse en prueba documental o pericial.

2.3.- La revisión del hecho probado octavo va dirigida a que se suprima la referencia a la existencia de indicios de discriminación salarial apreciados por la Inspección de Trabajo, alegando que la redacción de la sentencia de instancia alude a la existencia de tales indicios, mientras que el informe emitido por la Inspección de Trabajo alude a que no se ha podido comprobar fehacientemente la existencia de una actitud discriminatoria por parte de la empresa. Se remite al contenido del mencionado informe, folios 218 y siguientes, y aunque es cierto que se afirma que no se ha podido comprobar dicha actitud discriminatoria, también se indica que se aprecia algún indicio de que podría existir discriminación salarial por motivo de participación en actividades sindicales, por lo que la petición de la parte recurrente de que se suprima aquella referencia inicial no puede ser aceptada. En todo caso, la revisión es intrascendente porque la sentencia de instancia se remite al contenido de dicho informe y el mismo consta en las actuaciones, siendo una cuestión más valorativa que fáctica.

2.4.- Propone la parte recurrente una nueva redacción del hecho probado duodécimo, en el que se hace referencia a las diferencias del menor incremento que ha tenido el demandante respecto al incremento medio de sus compañeros desde el año 2.001 al 2.007, indicando que dicho incremento medio es el siguiente: año 2001, 12,02%; año 2.002, 2,24%; año 2003, 4,10%; año 2004, 3,24%; año 2005, 2,47%; año 2006, 2,98%; y año 2007, 9,72%. Se remite a los documentos que obran en autos, folios 526, 527 y 528 a 1.320; estos son copias de las nominas de los trabajadores incluidos en el tertium comparationis, y el primero un certificado a la que se adjunta la relación pormenorizada del salario bruto de dichos trabajadores. Alega la parte recurrente que los porcentajes que constan en la redacción de la sentencia de instancia son los que el demandante hizo constar en la demanda, pero en el informe pericial del demandante, folio 503, constan los porcentajes que se



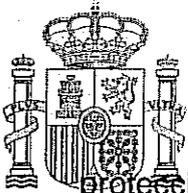
Indica en la redacción de la sentencia de instancia, de tal manera que la revisión del relato de hechos debería justificarse en la existencia de un error en la valoración de la prueba por parte de la Magistrada de instancia, no resultando evidenciado dicho error por el hecho de que la empresa demandada aportara unos cálculos distintos. Debe indicarse que la variación no es relevante, pues, si bien en algunos ejercicios el incremento salarial medio del tertium comparationis fue inferior al que figura en la sentencia recurrida, en otros es superior, pero, de forma indirecta, se acepta que el incremento salarial del demandante a lo largo del período de comparación ha sido distinto que el aplicado a otros trabajadores.

2.5.- La petición que afecta al hecho probado decimocuarto se refiere a la disconformidad con los cursos solicitados por el demandante. Pretende la supresión del último párrafo y su sustitución por el mismo texto que proponía en el hecho probado cuarto. Se remite a los mismos documentos que en el anterior motivo, pero la petición debe ser igualmente rechazada por los motivos anteriormente indicados.

2.6.- La modificación del hecho probado decimosexto consiste en que se adicione que "a la fecha de celebración del juicio, el trabajador aún no había dado respuesta a dicha oferta". Tampoco puede aceptarse dicha adición porque los documentos a los que se remite, folios 1400 a 1402, en los que se contiene la transcripción literal de la respuesta otorgada por el demandante a la comunicación de la empresa. La parte recurrente pretende reflejar una actitud pasiva del demandante, pero dicho ordinal se refiere a hechos posteriores a 6 de febrero de 2.008, cuando lo que se está planteado es el enjuiciamiento de una situación que, según la tesis del demandante, se produce en fecha anterior, y, por tanto, sin trascendencia práctica en la situación que se analiza.

TERCERO.- En el motivo séptimo del recurso, la empresa denuncia la infracción del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la doctrina judicial respecto al plazo de prescripción para las reclamaciones de cantidad, independientemente de que las mismas se enmarquen dentro de una reclamación por violación de derechos fundamentales. Lo que se alega por la empresa es que en el mes de julio de 2.006 se suscribió un "Acuerdo de subida salarial", en el que se preveía un incremento salarial de un 3,75 por 100 del salario del actor, con efectos de julio de 2.006, y el sistema de cálculo de los incrementos salariales para los años 2.007 y 2.008 basado en el resultado de la Evaluación del Desempeño del año anterior de cada trabajador, aplicándose al demandante en el mes de enero de 2.007, sin que presentase ninguna reclamación. Indica que, al cuestionar el demandante sus incrementos salariales desde el año 2.001 al 2.007, cuando presentó la demanda el 9 de abril de 2.008 había transcurrido ya un año desde la subida salarial de enero de 2.007, por lo que la acción estaría prescrita y, por tanto, lo que no puede pretender el actor es basar su reclamación de daños patrimoniales sobre los incrementos salariales correspondientes al período comprendido entre los años 2.001 y 2.007, ya que la acción para solicitar dichas diferencias debería haber sido ejercitada en el momento en que el actor hubiese considerado que el incremento consignado no era el adecuado, independientemente de cuál fuese el motivo que le llevase a sentir dicha discriminación.

Es cierto, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2.000, con remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional que "la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales como derechos de la persona no es óbice para que, tanto en aras de la seguridad jurídica como para asegurar la



protección de los derechos ajenos, el legislador establezca plazos de prescripción determinados para las acciones utilizables frente a la vulneración concreta de uno de estos derechos (SSTC 7/1983 y 13/1983)", teniendo siempre en cuenta que dicha prescripción "en modo alguno puede extinguir el derecho fundamental de que se trate, que el ciudadano podrá continuar ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura, sino que significará tan sólo que ha transcurrido el plazo dentro del cual el ordenamiento le permite reclamar jurisdiccionalmente ante una presunta y determinada violación". (STC 7/1989). No obstante, en el presente caso, no estamos ante una conducta que se agota y consume en el momento en que se produce la vulneración del derecho, sino que se trata de una conducta continuada en el tiempo, como es la situación analizada en el presente supuesto, ya que la vulneración del derecho no se agota ante determinados actos, sino que sus consecuencias se trasladan hasta la fecha de interposición de la demanda. Es cierto, como se afirma en el recurso, que la sentencia recurrida recoge la tesis del demandante reconociendo una indemnización por daños materiales que abarca las diferencias entre él y el tertium comparationis entre los años 2.001 a 2.007, es decir, todas las diferencias acumuladas durante dicho período de tiempo. Pero este extremo afecta más a la determinación de los daños y perjuicios que a la imposibilidad del ejercicio de la acción por parte del demandante por haber prescrito el derecho. En este caso, no es posible apreciar la existencia de prescripción de la acción.

Cuestión distinta es la relacionada con las consecuencias económicas que de ello pudieran derivarse, pues tales consecuencias que derivan de la vulneración de los derechos fundamentales deben estar sujetas a los plazos de prescripción y de caducidad, aunque los derechos fundamentales en sí mismos son imprescriptibles.

CUARTO.- En los motivos octavo y noveno del recurso formulado por la empresa recurrente, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, referido a la inversión de la carga de la prueba, denuncia la infracción del artículo 179.2 de dicha Ley, así como del artículo 4.2.a) y 4.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el derecho a la ocupación efectiva y con el derecho a la formación profesional y promoción profesional en el trabajo.

Desde la STC 38/1981, la doctrina de este Tribunal viene resaltando la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela del derecho fundamental de Libertad Sindical. En este sentido, se ha señalado que cuando se alegue que una decisión o práctica 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. Para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que, el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (STC 90/1997, por todas).

Es cierto que no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional; al demandante corresponde aportar, cuando alegue que un acto o una práctica empresarial ha lesionado su libertad sindical, un indicio razonable de que la tal lesión se ha producido, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél acto o práctica (STC 90/1997), y a ello se refieren precisamente los arts. 96 y 179.2 LPL, que precisan que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de



discriminación por razón de sexo y por motivos sindicales.

El demandante, que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba, debe desarrollar, pues, una actividad alegatoria suficientemente, concreta, y precisa, en torno a los indicios de que ha existido discriminación (STC 266/1993, fundamento jurídico 3º).

Alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante sobre la parte demandada recae la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales, y serias, para calificar de razonable la decisión o práctica empresarial (STC 21/1992, fundamento jurídico 3º). Si bien, 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 2º), sí recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste el intentarlo (STC 314/1989, fundamento jurídico 6º), 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 90/1997, fundamento jurídico 5º).

En el presente supuesto, lo que alega el demandante es que ha sido objeto de una situación de postergación económica y profesional que vincula al ejercicio de actividades sindicales de carácter representativo, concretada en que en los años 2.002 se denegó por la empresa su formación profesional y que en el año 2.003 se le desasignó un cliente, permaneciendo desde entonces en situación de no asignación. Sobre esta situación fáctica, el demandante establece una escala comparativa con la progresión que ha tenido otros trabajadores de la empresa que ingresaron en fecha más o menos próxima a la suya y con su misma categoría profesional de entrada. Expone que éstos han percibido unos incrementos salariales superiores a los suyos y han ascendido profesionalmente, mientras que, en su caso, sigue ostentando la misma categoría profesional de ingreso y su salario no ha experimentado el mismo porcentaje de incremento, solicitando la reposición de su estatuto jurídico, que, entre otras medidas comporta el reconocimiento de la categoría profesional superior y la indemnización de los daños y perjuicios que se traduce en las ganancias dejadas de percibir durante todo el período que reclama, es decir, desde el año 2.002 hasta la fecha en que ejercita la acción, planteando por la vía de la indemnización en concepto de ganancias dejadas de percibir una doble indemnización que se concreta en las diferencias de salario entre categoría y las diferencia de la media de los incrementos salariales, por las cuantías anteriormente indicadas. Respecto a esta petición del demandante, si conviene puntualizar que, al utilizar de forma diferenciada ambas formulas para cuantificar el importe de la indemnización, se observa que para determinar la diferencia salarial atendiendo al porcentaje o revisión anual se tiene en cuenta el salario que ha venido percibiendo el demandante sin aplicar dichos incrementos, y, para determinar el importe por diferencias por no promoción, no se tiene en cuenta el salario ya revisado que se obtendría de la aplicación del criterio anterior, sino del salario que ha venido percibiendo el demandante, con lo que la diferencia que se obtiene es doble, porque ambas diferencias son acumulativas, siguiendo la tesis de la demanda, acogida en dicho extremo en la sentencia de instancia. Así, por ejemplo, para determinar las diferencias por no promoción se utiliza el salario medio de la categoría de reposición, pero en el salario del demandante figura el que ha percibido, no el que le correspondería percibir si se hubieran aplicado los incrementos correspondientes,



en terminos similares a los demás compañeros incluidos en el tertium comparationis.

En los hechos probados de la sentencia de instancia, así como en el fundamento de derecho tercero, se indica que desde el mes de marzo de 2.003, al demandante no se le ha dado ocupación efectiva, pues en dicha fecha se le desasignó el cliente AGBAR y tras ello permaneció "en espera de afectación", sin ningún tipo de actividad en ningún proyecto. Y que en el año 2.002 el trabajador solicitó hacer un curso de Diseño orientado a Objetos, en el 2.003 solicitó hacer un curso de Análisis y Diseño estructurado avanzado y el 25 de noviembre de 2.003 solicitó hacer un curso de inglés, cursos que fueron denegados por la empresa.

QUINTO.- La sentencia de instancia considera suficientes los indicios aportados por el demandante y estima que no se ha ofrecido por la empresa una justificación objetiva y razonable para no dar formación al actor durante los años 2.003 a 2.007, indicios que también considera apreciables en relación con los incrementos salariales, así como por el hecho de no haber sido promocionado profesionalmente.

Ambas situaciones, es decir, la denegación de los cursos, como la desasignación del cliente al demandante se producen en el año 2.002, 2.003. Es cierto que ambas situaciones han podido incidir en la promoción profesional y económica del demandante, teniendo en cuenta tanto el sistema de ascenso de categoría profesional como el de los incrementos salariales que se han producido en dicho período, comparada con la de otros compañeros de trabajo que, con su misma antigüedad, han tenido un ascenso profesional, así como unas condiciones retributivas diferentes. Pero lo que no puede ser aceptado es que la existencia de la situación así creada se considere como elementos suficientes para lesionar el derecho fundamental del demandante. La situación así generada se produce en los años 2.002, 2.003, y no consta que el demandante reaccionara contra la misma, mostrando su disconformidad tanto con la denegación de los cursos, como con la desasignación del cliente, sin que pueda considerarse que dicha medida le ha perjudicado en su promoción profesional y en su nivel de ingreso a lo largo de una serie de ejercicios. Lo que no queda claro es que, en el origen de dicha decisión empresarial, exista algún indicio fundado de discriminación. El demandante no aporta ningún elemento de comparación con sus compañeros de trabajo en el año 2.002 ó 2.003, sino la evolución que éstos han experimentado a lo largo de los años, para, a partir de aquí, determinar la existencia de los indicios porque unos han ascendido de categoría y él no. Pero, además, el demandante, conociendo que el sistema retributivo y el profesional estaba en función del cumplimiento de una serie de requisitos vinculados a la participación en la acción formativa y en la asignación de clientes, permaneció sin formular ninguna objeción contra aquella negativa. Tal situación, aceptada por el propio demandante, se ha mantenido hasta la fecha en que formuló la denuncia ante la Inspección de Trabajo, en el año 2.007.

Lo que ahora plantea la parte demandante, aceptando una situación de facto, es una comparación retributiva y profesional respecto a otros compañeros de trabajo, para alegar una supuesta vulneración de derechos fundamentales, aportando una exhaustiva comparación -tanto retributiva como profesional- de éstos, quienes durante estos años han podido participar en acciones formativas o han desempeñado su actividad de forma satisfactoria mediante las correspondientes evaluaciones, lo que les ha permitido tanto una mejora retributiva, como una mejora profesional.



No se trata, por ello, de que la decisión de la empresa fuese dirigida a coartar un derecho fundamental del demandante de discriminación en el acceso a la formación, a la promoción profesional o a la discriminación salarial, pues no consta que ni la denegación de los cursos inicialmente solicitados por el demandante o la desasignación del cliente tuviera por finalidad perjudicar sus expectativas laborales y profesionales. Si ésta hubiera sido la intención inicial, no deja de ser sorprendente que el demandante no reaccionara frente a una conducta de tal naturaleza en un breve plazo de tiempo, sobre todo siendo conocedor de las consecuencias que ello podría comportar tanto para su promoción profesional como económica. No indica el demandante, ni tampoco consta ninguna referencia al respecto, que, en aquellas fechas, el fuese el único trabajador afectado por la no participación en los cursos que había solicitado, o que fuese el único trabajador al que se le desasignó un cliente, sino que su tesis parte de una situación de comparación entre situaciones que no son homologables, pues no consta que desde el año 2.003 haya solicitado participar en cursos de formación, ni ha formulado queja o protesta alguna contra aquella denegación inicial de los cursos, ni ha solicitado la asignación de algún cliente.

Por lo que respecta a la alegada discriminación en el acceso a la formación, es cierto que, en la sentencia de instancia, no constan los motivos por los que al demandante se le denegaron en el año 2.002 los cursos solicitados, entre mayo de 2.002 y noviembre de 2.003. La empresa recurrente pretende argumentar que la denegación de dichos cursos fue motivada, con remisión a la prueba testifical, pero este extremo no puede considerarse como acreditado, como anteriormente se ha indicado al analizar los motivos del recurso dirigidos a la revisión de hechos probados. Pero en la resolución recurrida consta, con remisión a la prueba documental, que en el año 2.003, la empresa realizó 344 cursos; en el año 2004, 348; en el año 2.005, 459; y en el año 2.006, 489 cursos. No existe ninguna constancia de que el demandante haya solicitado su participación en alguno de estos cursos, a lo largo de este período. Por ello, la mera denegación de aquellos cursos no puede entenderse como un indicio de vulneración de un derecho fundamental. Cuestión distinta hubiera sido que el demandante hubiese solicitado su participación activa en actividades de formación y la empresa lo hubiere denegado de forma sistemática, pero vincular dichas denegaciones que se producen en el año 2.002 con la no facilitación de una formación para impedir su promoción profesional, como represalia por su actividad sindical, es una consecuencia no asumible. No quiere decirse con ello que este tipo de actitudes empresariales no puedan generar situaciones de indicios de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales, pero, en la situación descrita, para llegar a esta convicción hubiera sido preciso una conducta más activa por parte del demandante, para determinar que la verdadera intención de la empresa era represaliar al demandante por el ejercicio de una actividad sindical.

A similares conclusiones debemos llegar en el caso de la supuesta discriminación en la promoción profesional. Es cierto que para el ascenso o promoción profesional, se exige que el trabajador posea las aptitudes exigidas para el desempeño de los nuevos puestos de trabajo, valorándose a estos efectos la asistencia de los trabajadores, con aprovechamiento acreditado, a cursos de formación directamente relacionados con el puesto a ocupar. En el presente caso, es difícil también vincular la falta de promoción del demandante con una actitud de la empresa dirigida a privarle de dicha promoción. Si el trabajador no ha participado



por su propia voluntad en ningún curso de formación, no ha participado en ningún proyecto de asignación, ni ha mostrado su disconformidad con una u otra medida, la posibilidad de promoción no se debe a la intención de la empresa de apartar al demandante de la carrera profesional, por su condición de representante de los trabajadores, sino a su voluntad de no recibir ningún curso, no participar en ningún proyecto, pues el ascenso profesional está vinculado al cumplimiento de una serie de requisitos referidos a la formación, a los conocimientos adquiridos y a la experiencia contrastada.

En suma, aunque no sería justificable la actitud de la empresa de no dar ocupación efectiva al demandante o que éste no pudiera participar en cursos de formación adecuados para posibilitar su promoción profesional -la conducta sería criticable si el demandante mostrara su predisposición a participar en ambas situaciones en igualdad de condiciones que sus compañeros de trabajo-, no podemos mostrar nuestra conformidad con el criterio mantenido en la sentencia de instancia al considerar que la denegación de los cursos que se detallan en el hecho probado cuarto -sin ninguna oposición por parte del demandante-, o que haya permanecido en espera de asignación -también sin oposición del demandante-, constituyan un indicio razonable de que la conducta de la empresa tenía por objeto una postergación profesional y económica del demandante, por motivos sindicales, no sólo porque, en su inicio, no está clara que la adopción de tales medidas obedeciera a las circunstancias que el demandante narra, es decir, como represalia por su actividad sindical, sino porque tampoco el demandante ha demostrado una actitud activa para la reivindicación de sus derechos, limitándose a comparar su situación con la de sus compañeros de trabajo quienes, a lo largo del mismo período de comparación, han intervenido activamente.

SEXTO.- Las anteriores consideraciones justifican que deba estimarse el recurso formulado por la empresa, lo que hace innecesario el analizar los restantes motivos del recurso formulado por dicha recurrente y el recurso formulado por el demandante, con referencia a la indemnización que procediera. Ambas partes muestran su disconformidad con la cuantía indemnizatoria fijada en la resolución de instancia, pero, al no considerar que exista vulneración de derechos fundamentales, tampoco cabe analizar las consecuencias previstas cuando se declara la lesión de tales derechos.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso formulado por la empresa y desestimar el interpuesto por el demandante, acordando la devolución a la recurrente del depósito y consignación constituidos para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Don José Antonio Valverde Ramírez y estimando el formulado por ATOS ORIGIN, S.A.E., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de los de Barcelona de fecha 10 de junio de 2.008, dictada en los autos nº 301/2008, revocamos dicha resolución y, en



SUPLI 7466/2008 14/14

consecuencia, desestimando la demanda interpuesta por Don José Antonio Valverde Ramírez contra ATOS ORIGIN, S.A.E, sobre tutela de derechos fundamentales, absolvemos a la demandada de las pretensiones en su contra formuladas. Sin costas. Devuélvase a la parte recurrente el depósito y consignación constituidos para recurrir.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.