



Roj: **STS 4806/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4806**

Id Cendoj: **28079140012017100982**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **624/2016**

Nº de Resolución: **1025/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **624/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 1025/2017**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 19 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D<sup>a</sup>. Marta Pérez Pire en la representación que ostenta de Ericsson España, S.A., contra la sentencia dictada 16 de diciembre de 2015, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 735/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, en autos nº 263/2015, seguidos a D<sup>a</sup>. Guadalupe contra Ericsson España, S.A., sobre derechos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de mayo de 2015, el Juzgado de lo Social nº 30 de Granada, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva : «Que debo estimar en parte la demanda de derechos fundamentales formulada por Doña Guadalupe contra la empresa Ericsson España SA, declarando la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical en su modalidad de garantía de indemnidad de la actora por empresa demandada como consecuencia de la evaluación llevada a cabo por la mercantil de la actuación profesional de la trabajadora durante el ejercicio 2013, ordenando a la misma que cese en tal comportamiento transgresor, absolviéndose a la empresa del resto de los pedimentos deducidos en su contra».

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO.- La actora viene prestando servicios para la empresa demandada con Antigüedad desde 22-08-2000, como



Ingeniero Técnico con la categoría de Customer Project Manager.- SEGUNDO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de la Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid.- TERCERO .- La Empresa evalúa anualmente a cada trabajador a través de una herramienta informática denominada ITM, mediante la asignación por parte del jefe del trabajador, denominado "Manager", de alguna de las calificaciones siguientes: Exceptional Performance (cumplimiento excepcional).- Exceeds Expectations (cumple mejor de lo esperado).- Meets Expectations (cumple las expectativas).- Partially Performing (cumplimiento parcial).- Under Performing (cumplimiento deficiente).- CUARTO .- Para llevar a cabo dicha calificación se tienen en cuenta los baremos siguientes: 1.- CUSTOMER SATISFACTION FOR PROJECT (SATISFACCIÓN DEL CLIENTE POR PROYECTO), en el que se tiene en cuenta principalmente los comentarios efectuados por el cliente respecto del trabajador, "Project Manager" o en su caso respecto del equipo de trabajo "Project Team".- 2.- DRIVE APPLICATION OF PROPS-C PROCESS WITH REGULAR (APLICACIÓN REGULAR DE LOS PROTOCOLOS ESTABLECIDOS EN LA APLICACIÓN PROPS-C), en el que se tiene en cuenta el cumplimiento de este objetivo consiste en mantener cuantas reuniones sean necesarias con el grupo de trabajo ("steering group meetings"), reportando los riesgos actualizados a los jefes de proyecto ("risk management updates"), así como las desviaciones financieras ("updated project financial data"), la resolución de situaciones de cambio ("change handling") y la cesión ordenada al cliente de los trabajos realizados ("handover to support planned").- 3.- GLOBAL CHRONOS ADHERENCE. En el que se evalúa la utilización de la herramienta informática denominada ITM en el control de proyectos.- 4.- DEVELOPMENT GOAL (DESARROLLO DE METAS), en el que se atiende a la asistencia a cursos y seminarios para la obtención del diploma LM.- 5.- VALUES AND PRINCIPLES. (VALORES Y PRINCIPIOS DE LA EMPRESA), en el que se atiende a la observancia por parte del trabajador en su actuación profesional de los valores de respeto, la perseverancia y la profesionalidad.- QUINTO .- El proceso de evaluación comienza en octubre de cada año y se comunica a los trabajadores en marzo del año siguiente. (testifical de Dña. Milagrosa ).- SEXTO.- Los trabajadores con calificaciones negativas deben someterse a un "plan de mejora de específico de cumplimiento".- SÉPTIMO.- Al menos desde el año 2013 la empresa elabora una estimación porcentual de carácter orientativo de los trabajadores que deberían quedar incluidos en la calificación de "Bellow Expectations" (por debajo de las expectativas) (testifical de D. Teodosio y de D. Vidal ).- OCTAVO.- Consta como documento nº 6 del ramo de prueba de la parte demandada la evaluación "IPM Form" correspondiente al año 2013 de la actora, cuyo contenido se tiene por íntegramente reproducido.- NOVENO.- La demandante, por medio de correos electrónicos fechados el 29 y 30 de abril de 2014, remitidos a D. Carlos José y Dña. Milagrosa , mostró su disconformidad con la calificación otorgada, que fue contestado por D. Carlos José acordando una serie de reuniones para establecer un plan conjunto de mejora.- (documentos 6 -folios 39 y 40 del ramo de prueba de la parte demandada y documentos 6, 7 y 8 del ramo de prueba de la parte actora cuyos contenidos se tienen por reproducidos).- DÉCIMO.- A la actora se le estableció un plan específico de seguimiento consistente en tres reuniones. (interrogatorio de la actora).- UNDÉCIMO.- Durante el año 2013 el único proyecto que ha sido ejecutado íntegramente la actora ha sido el de Jazztel, desarrollado entre los meses de abril a junio. (hecho no controvertido).- DUODÉCIMO.- Constan como documentos 1 y 2 del ramo de prueba de la parte demandante, cuyo contenido se tiene por reproducido, sendos correos electrónicos reenviados por la empresa demandada a la actora procedentes de ITM Global Support, en donde se califica la actuación de Dña. Guadalupe en los proyectos R y Jazztel como exitosa.- DÉCIMO TERCERO.- La actora no ha sido nunca sancionada por la empresa. (testifical de D. Teodosio ).- DÉCIMO CUARTO.- Para el año 2014 a la actora se le ha asignado una calificación de "Meets Expectations". (interrogatorio de la actora).- DÉCIMO QUINTO.- La actora desde el año 2008 ha venido desempeñando su actividad sindical en la empresa. (testifical de D. Teodosio ).- DÉCIMO SEXTO.- En el año 2013, en el ejercicio de su actividad sindical, la uemandaille intervino contra la empresa en la reclamación del "bonus" de los trabajadores. (documento nº 22 del ramo de prueba de la parte actora).- DÉCIMO SÉPTIMO.- El salario de los trabajadores de la empresa Ericsson España SA, se compone de una parte fija, que se desglosa en una parte sometida a la actualización que fija el convenio de aplicación y en una parte "de méritos" en función con la calificación otorgada en cada anualidad al trabajador, y a su vez en una parte variable en función de la consecución de los objetivos fijados por la empresa.- Para el año 2015 el incremento salarial por méritos establecido por la empresa es de un 1.5 %. (testifical de Dña. Milagrosa ).- DÉCIMO OCTAVO.- Consta como documento nº 2 del ramo de prueba de la parte demandada, ratificado en el acto del juicio por Dña. Guadalupe y cuyo contenido se tiene por reproducido, los incrementos salariales por el concepto de "méritos" experimentados por la actora entre los años 2009 a 2014, con una comparativa con los obtenidos por el resto de los trabajadores de la empresa.- DÉCIMO NOVENO.- La actora ha percibido los siguientes importes salariales en concepto de variable Ejercicio 2009: 5.608,35 euros Ejercicio 2010: 3.320,91 euros Ejercicio 2011: 4.910,26 euros Ejercicio 2012: 2.196,21 euros Ejercicio 2013: 7.064,73 euros (documento nº1 del ramo de prueba de la parte demandada y testifical de Dña. Milagrosa ).- VIGÉSIMO.- Solo los trabajadores calificados como "Under Performing" (cumplimiento deficiente) se les priva del derecho a la parte del salario variable. (testifical de Dña. Milagrosa ).- VIGÉSIMO PRIMERO.- Constan como documento nº 3 del ramo de prueba de la parte demandada, cuyo contenido se tiene por reproducido, ratificado en el acto del juicio por Dña. Guadalupe , los importes salariales fijos totales de la actora correspondientes a cada



anualidad entre los años 2008 y 2014.- VIGÉSIMO SEGUNDO.- Mediante escrito de 7 de mayo de 2008 la actora comunicó a la empresa su intención de ejercer su derecho a reducción de jornada por cuidado de hijos con efectos del 26 de mayo y por el periodo de una anualidad. (documento 22, folio 36 del ramo de prueba de la parte actora). VIGÉSIMO TERCERO.- Mediante escrito de 29 de septiembre de 2009 la actora comunicó a la empresa su intención de ejercer su derecho a reducción de jornada por cuidado de hijos con efectos del 26 de mayo (sic) y por el periodo de dos anualidades. (documento 22, folio 37 del ramo de prueba de la parte actora).- VIGÉSIMO CUARTO.- Mediante escrito de 11 de mayo de 2011 la actora comunicó a la empresa su intención de volver a su jornada habitual normal a partir del próximo 26 de mayo. (documento 22, folio 38 del ramo de prueba de la parte actora).- VIGÉSIMO QUINTO.- Mediante escrito de 26 de enero de 2012 la actora comunicó a la empresa su intención de ejercer su derecho a reducción de jornada por cuidado de hijos con efectos del 13 de febrero y por el periodo de una anualidad. (documento 22, folio 39 del ramo de prueba de la parte actora)».

**TERCERO** .- Contra la anterior sentencia, por las representaciones procesales de D<sup>a</sup>. Guadalupe y de Ericsson España, S.A. se formularon recursos de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 16 de diciembre de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que en los Recursos de Suplicación seguidos con el número 735/2015 formalizados por el letrado DON CARLOS DE FRÍAS REDONDO, en nombre y representación de DOÑA Guadalupe y por la letrada DOÑA VICTORIA CALDEVILLA CARRILLO, en nombre y representación de ERICSSON ESPAÑA, S.A., contra la sentencia número 134/2015 de fecha 13 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Social n° 30 de los de Madrid , en sus autos número 263/2015, seguidos entre los recurrente, en materia de derechos fundamentales, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, desestimamos el de la empresa y estimamos en parte el de la trabajadora, confirmamos la resolución impugnada si bien condenando además a la demandada a abonar a la actora la cantidad de SEIS MIL EUROS (6.000 euros) por daños morales, así como al pago de los honorarios de su letrado en cuantía de 500 euros y a la pérdida de los depósitos a los que se dará el destino legal».

**CUARTO** .- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la Letrada D<sup>a</sup>. Marta Pérez Pire en la representación que ostenta de Ericsson España, S.A., se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la STS 15/04/13 [rcud 1114/12 ].

**QUINTO** .- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar improcedente el recurso interpuesto. Se señaló para la votación y fallo el día 19 de diciembre de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- 1.- En las presentes actuaciones, el J/S n° 30 de los de Madrid dictó sentencia en 13/05/2015 [autos 263/15], acogiendo en parte la pretensión ejercitada y declarando la vulneración de garantía de indemnidad ligada al derecho de libertad sindical, y condenando a la empresa «Ericsson España, SA» al cese en su conducta transgresora, pero rechazando la indemnización solicitada (17.187,49 euros).

2.- Recurrido el pronunciamiento por ambas partes, la STSJ Madrid 16/12/2015 [rec. 735/15 ], acogió la suplicación formalizada por la actora D<sup>a</sup> Guadalupe y declaró su derecho a percibir 6.000 euros de indemnización, por entender que la lesión del derecho fundamental comportaba -ex art. 183 LJS- automático derecho al resarcimiento, que ante la falta de perjuicio económico acreditado ha de estarse a la sanción de 6.000 fijada en la LISOS -art. 40.1.c)- para falta muy grave, en su grado mínimo.

3.- Se formula recurso para la unificación de la doctrina por parte de la empresa, denunciando la infracción del art. 183.1 LJS y señalando como decisión de contrate la STS 15/04/13 [rcud 1114/12 ], que sentó el criterio de que el daño moral ha de ser objeto -lo mismo que el material- de oportuna prueba sobre su existencia, sin que pueda apreciarse de manera automática, por lo que se han de probar cuando menos indicios en los que basar una condena resarcitoria.

**SEGUNDO**.- 1.- Afirmamos constantemente que el art. 219 LJS exige -para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que el cumplimiento de esta exigencia se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, sin que tal contradicción pueda surgir -tan sólo- de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias y sin que a la par sea exigible una identidad absoluta entre los supuestos a enjuiciar (recientes, SSTS 10/10/17 -rcud 1507/15 -; 10/10/17 -rcud 3684/15 -; y 17/10/17 -rcud 2541/15 -).



2.- Asimismo recordamos a menudo que la exigencia de igualdad se extiende, como es lógico, a la normativa aplicable al caso, de modo que la contradicción no existe si los hechos suceden bajo la vigencia de normas -o Convenios Colectivos- que los regulan de diferente modo. Y ello es así en razón a que «... cuando las pretensiones formuladas en los correspondiente procesos ... se fundan en normas distintas no puede apreciarse la identidad de las controversias, porque se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión». De esta forma, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones, con el alcance precisado (recientes, SSTS 14/07/16 -rcud 3089/14 -; 18/07/17 -rcud 3442/14 -; y 18/07/17 -rcud 1532/15 -).

3.- Como en el precedente fundamento jurídico se pone de manifiesto, la coincidencia -sustancial- entre las sentencias contrastadas es plena por lo que se refiere a los hechos, a las pretensiones y fundamentos, prestándose como única diferencia la que se refiere a la base normativa en que ambas resoluciones se amparan, puesto que la decisión referencial aplica el art. 180 de la derogada LPL y la ahora recurrida descansa en el art. 183 de la vigente LJS. Pero a la postre tampoco apreciamos que entre tales normas medie diferencia reguladora que pueda incidir en el resultado de su interpretación, por tener un significado coincidente las expresiones al respecto utilizadas en ambas, puesto que «indemnización que procediera» [ art. 180 LPL ] se nos presenta sustancialmente pareja a «indemnización que, en su caso, le corresponda» [art. 183 LJS].

**TERCERO.-** 1.- El examen de la cuestión de fondo nos lleva a confirmar la decisión recurrida, habida cuenta de la evolución que nuestra doctrina ha tenido en la materia de que tratamos -indemnización por daño moral en la infracción de derechos fundamentales- y que ha comportado el abandono del criterio que representa la decisión de contraste, para situarnos en la doctrina aplicada por la sentencia recurrida, tal como ha quedado expuesto en multitud de resoluciones (así, sirvan de ejemplo las SSTS 02/02/15 -rco 279/13 -; 05/02/15 -rco 77/14 -; 13/07/15 -rco 221/14 -; 18/05/16 -rco 37/15 -; 02/11/16 -rco 262/15 -; 26/04/16 -rco 113/15 -; 18/05/16 -rco 150/15 -; 24/01/17 -rcud 1902/15 -; y 05/10/17 -rcud 2497/15 -), y cuyo criterio seguiremos a continuación, reproduciendo párrafos de la STS 02/02/15 [rco 279/13 ].

2.- Ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume (así, SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92 -; y 08/05/95 -rco 1319/94 -), a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena [ SSTS 22/07/96 -rco 7880/95 -; ... 11/06/12 -rcud 3336/11 -; y 15/04/13 -rcud 1114/12 - ].

Pero en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06 -], y por la consideración acerca de la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [ SSTS/Iª 27/07/06 Ar. 6548 ; y 28/02/08 -rec. 110/01 -]» [ SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08 -; y 11/06/12 -rcud 3336/11 -]. Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS , precepto para el que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse -éste es el caso de autos- «en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada»

Criterios a los que ciertamente se adelantaba la Sala al afirmar que «dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales ...» ( SSTS 12/12/07 -rco 25/07 -; y 18/07/12 -rco 126/11 -).

3.- Añadamos a tales afirmaciones las llevadas a cabo -entre otras- en la STS 13/07/15 [rco 221/14 ], respecto de que «... al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.3 señala que «[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima ..., así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño». Con ello es claro que el precepto viene a atribuir a la indemnización -por atentarse contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica *restitutio in integrum* ], sino también la de prevención general». Y que «... la



utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [ STC 247/2006, de 24/ Julio ], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 - rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13 -; y 02/02/15 -rco 279/13 -). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente».

**CUARTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Con pérdida del depósito y destino legal para la consignación [art. 228 LJS] e imposición de costas [art. 235.1 LJS].

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «ERICSSON ESPAÑA, SA».

2º.- Confirmar la sentencia dictada por el TSJ Madrid en fecha 16/12/2015 [rec. 735/15 ], que a su vez había revocado en parte la resolución que en 13/05/2015 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Madrid [autos 263/15] y por la que se había acogido parcialmente la pretensión de D<sup>a</sup> Guadalupe sobre vulneración de derechos fundamentales.

3º.- Imponer la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación o aseguramiento, así como la imposición de costas a la recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.