

En BILBAO (BIZKAIA), a 27 de abril de 2015.

KOPIA DA

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social nº 7 D/Dª. CRISTINA ISABEL PADRO RODRIGUEZ los presentes autos número 241/2015, seguidos a instancia de _____ contra ADICAE-EUSKADI sobre MOVILIDAD GEOGRÁFICA.

EN NOMBRE DEL REY
ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 172/2015

ANTECEDENTES DE HECHO

12 MAY 2015

Con fecha 13 de marzo de 2015 tuvo entrada demanda formulada por _____ contra ADICAE-EUSKADI y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes asistiendo todas, y abierto el acto de juicio por S.Sª. las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente las pruebas que fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente manifestaron por su orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.-El actor D. _____ mayor de edad con DNI Nº _____ viene prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS , CAJAS Y SEGUROS que gira bajo el nombre de ADICAE teniendo reconocida por la empresa una antigüedad del 20/1/2014 , una categoría de auxiliar administrativo y un salario de 1.433,93 euros mensuales con pp pagas extras.

SEGUNDO.-El actor inició su relación laboral con ADICAE en fecha 3/10/2011 en virtud de contrato por obra o servicio determinado, con la categoría de oficial administrativo nivel 5 a tiempo completo , suscribiendo posteriormente otros contratos temporales figurando de alta en los siguientes periodos.

3/10/2011 al 31/10/2011

1/11/2011 al 31/12/2011

19/1/2012 al 18/1/2014

20/1/2014 en adelante.

TERCERO.-Inicialmente el actor estuvo prestando servicios en la oficina de ADICAE en Madrid, hasta que en abril del año 2013, el Sr. _____ de acuerdo con la empresa, se traslada

al centro de Adicae en Bilbao, en el que ha venido prestando sus servicios como único empleado adscrito a dicho centro desde entonces. Ha venido realizando todo tipo de labores, desde atender el teléfono, correo electrónico, fax, etc como otras como las de las de gestión del trabajo de interlocución, personación, en algunos casos representación, negociación, asesoramiento técnico etc.

CUARTO.-El actor causa baja por IT el 27/8/2014 hasta el 11/1/2015.

QUINTO.-Con fecha 30/1/2015 a través de videoconferencia, se le informó al Sr. Alvarado por parte de DÑA [redacted], Responsable de relaciones laborales de la empresa, que se le eliminaba el complemento/dieta de 175 euros mensuales que se le venía abonando desde su traslado desde Madrid, mostrando el actor su disconformidad así como con la categoría que se le venía reconociendo

Con fecha 18/2/2015 el actor, remite un e-mail a Adicae Cantabria en el que se reitera su disconformidad con la retirada del complemento y la categoría

SEXTO.-Con fecha 24/2/2015 se le hace entrega por la empresa a través del responsable de la oficina en Aragón de carta fechada el 23/2/2015, referida al traslado del demandante a la oficina de ADICAE en Madrid, teniendo la citada carta, el siguiente contenido literal:

"Muy Sr. nuestro:

Sirva la presente para comunicarle que, con efectos del próximo 26 de marzo de 2014, su puesto de trabajo pasará a estar en la oficina de ADICAE en Madrid, sita en Paseo de la Esperanza nº 9, entreplanta.

Los resultados de funcionamiento de la oficina de ADICAE en Bilbao han puesto de relevancia la necesidad de reorganizar los recursos humanos con que cuenta la Asociación con la finalidad de alcanzar sus objetivos así como la falta de adecuación de usted para ese puesto. Ante esta situación, y para mantener vigente su contrato, la Dirección de ADICAE ha tomado la decisión de trasladarle a su anterior puesto de trabajo en la asociación en la sede de ADICAE en Madrid, donde existe un puesto de trabajo que entendemos se adapta perfectamente tanto a sus características como a su categoría.

Dicha modificación de su puesto de trabajo, obedece, como usted bien sabe, a la necesidad de reorganizar los recursos humanos existentes en la asociación para poder cumplir con los objetivos de participación que la misma tiene todo ello de conformidad con el Art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Todo lo cual se pone en su conocimiento con una antelación de treinta días a la fecha de su efectividad, tal y como establece la normativa laboral vigente. Para cualquier cuestión relativa a su nuevo puesto de trabajo puede ponerse en contacto con el responsable de la oficina de ADICAE en Madrid, Fernando Herrero en el correo Therrero@adicae.net o en el teléfono 915400632."

SEPTIMO.-El actor ha interpuesto denuncia ante la Insepcción de trabajo con fecha 26/2/2015

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se formula en el presente procedimiento, acción sobre impugnación de traslado, argumentándose que el mismo se impone sin cumplimentar los requisitos formales preceptivos, aduciendo asimismo que tal actuación encubre un ánimo de represalia al trabajador con motivo de sus reclamaciones laborales. Se opone la empresa demandada al entender que el traslado está justificado por causa objetivas y que no ha existido en ningún caso, una intención vulneradora de los derechos fundamentales del trabajador.

En cuanto a las circunstancias profesionales del trabajador a los efectos de este procedimiento se estarán a las que se remite la parte actora en el cuerpo de la demanda, sin perjuicio, y sin prejuzgar lo que se pueda resolver en los procedimientos judiciales en materia de determinación de antigüedad, salario y categoría.

No obstante conviene hacer una precisión, ya que en el súplico de la demanda, se solicita la nulidad de la medida de movilidad geográfica con derecho a ser repuesto a su puesto de trabajo de técnico en la oficina de Bilbao. Teniendo en cuenta que nada se opone por la empresa a tal cuestión ni tampoco en lo que se refiere a la realización de las tareas descritas en el hecho 6º habrá de entenderse a los efectos de este proceso, que el actor en la oficina de Bilbao, estaba adscrito a un puesto de técnico, (ello con independencia del derecho o no del trabajador a ostentar una u otra categoría profesional, dado que esta cuestión se va a venir a plantear en otro procedimiento como se indica por la defensa de la parte accionante).

SEGUNDO.- Según el tenor literal del art. 40.1 del ET: El traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

La decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

Notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. La compensación a que se refiere el primer supuesto comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos.

Sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación citado, el trabajador que no habiendo optado por la extinción de su contrato se muestre disconforme con la decisión

empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen.

Corresponde a la empresa empleadora acreditar cumplidamente la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen la medida de traslado adoptada, así como su proporcionalidad y razonabilidad.

En cuanto a las formalidades preceptivas, el art 40 parrafo segundo dispone que la decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. La doctrina jurisprudencial interpretando la regulación al respecto contenida en el art 41.1 del ET sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, aplicable también a los supuestos de medidas de traslado, ha venido entendiendo que tal notificación ha de ser escrita y suficiente: «Afirma la sentencia de la Sala de 28 de septiembre de 2000 (JUR 2000\309845) (con remisión a las de los Tribunales Superiores de Justicia de La Rioja de 14 de diciembre de 1999 [AS 1999\4783] y Galicia de 20 de julio de 1999 [AS 1999\1982]) que «aunque la Ley no establece la sanción para el incumplimiento de las formalidades, la declaración de justificada o injustificada de la modificación está en relación exclusiva con la acreditación o no de las razones invocadas por la empresa (de tal manera que) los requisitos de forma exigidos en el precepto legal se dirigen a la preservación de las garantías de los trabajadores que no pueden ver alterado su sistema de trabajo de forma inmediata sin posibilidad de acomodación de su vida laboral». Garantía (de defensa) que no puede entenderse cumplimentada sin la comunicación escrita al trabajador afectado.

Sostiene, en este sentido, la STSJ del País Vasco de 9 de septiembre de 2003 (AS 2003\3652) (en la línea de lo ya manifestado en su anterior pronunciamiento de 3 de julio de 1998 y frente a lo decidido por la sentencia de la Sala de 28 de septiembre de 2000 [JUR 2000\309845]) que (ante el «silencio» de la norma) la interpretación favorable a la notificación escrita de la modificación operada «está reforzada al completarse la transposición al derecho nacional de Directiva 91/533/CEE de 14 de octubre (LCEur 1991\1226) relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral» toda vez que «por Real Decreto 1659/1998 de 24 de julio (RCL 1998\2062) , que desarrolla el artículo 8.5 del ET (RCL 1995\997) en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, y el art. 4 de esta norma establece la obligación del empresario de comunicar al trabajador las modificaciones de sus condiciones de trabajo por escrito. La forma escrita permitirá tener constancia fehaciente de que se ha cumplido el requisito de la notificación y que se ha hecho con la antelación exigida..(y) el hecho de que un empresario omita a los trabajadores afectados por la modificación el cumplimiento de los requisitos formales de notificación por escrito provoca la indefensión de los mismos al serles denegada la información necesaria para valorar la adecuación de la medida».

Esta obligación de Informar por escrito (que la Directiva Comunitaria impone al empresario –STSJCE de 22 de octubre de 2002–) se impone tanto a las modificaciones a individuales como a las colectivas. Y ello es así no sólo por causa de la literalidad con la que, en ambos casos, la norma se expresa («la decisión deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado» –art.41.3.1– «el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación» –41.4.4–) sino también porque, pudiendo aquél impugnar individualmente la decisión

empresarial (41.4.5 y STSJ de Canarias/Las Palmas de 22 de marzo de 2002 [AS 2002\2625]) debe conocer –con la antelación precisa– las razones y motivos en que se fundamenta. Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 6029/2005 Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1), de 11 julio Recurso de Suplicación núm. 599/2003

En el supuesto enjuiciado se evidencia de la lectura de la comunicación escrita la existencia de severos defectos formales, en tanto que se utilizan expresiones genéricas y notoriamente inconcretas, como “necesidad de reorganizar los recursos humanos” sin concretar minimamente cuales son los motivos o causas específicas que justifican tal exigencia y su relación con la medida tomada. Se menciona únicamente los resultados de funcionamiento de la oficina, pero sin que tampoco se mencione o se indique que parámetros o cifras concretas se han venido a valorar .

Lo mismo acontece en relación al segundo de los motivos aducidos en la carta de traslado, a saber “ falta de adecuación de usted a ese puesto” sin que se precise tampoco, en que consistiría esa falta de adecuación y/o sobre que parametros se habría venido a hacer tal apreciación.

En resumen, la comunicación de traslado no cumplimenta los requisitos formales preceptivos legalmente para que se pueda entender verificado correctamente el trámite, que no se puede intentar subsanar sorpresivamente pretendiendo materializar tal concreción fáctica en el propio acto del juicio oral, ya que ello menoscabaría el derecho de defensa del trabajador afectado, y no puede admitirse.

TERCERO.- En cuanto a su calificación, la parte actora solicita se declare esta medida de traslado nula, por vulneración de derechos fundamentales ex art 137.5 de la LJS aludiendo a una posible transgresión de la garantía de indemnidad del trabajador .

Ha de recordarse que en materia de invocaciones de actuaciones vulneradoras de derechos fundamentales es necesario que se acredite por la parte que lo pide, la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato, y presente esta prueba indiciaria . Al respecto, señalar que es doctrina jurisprudencial consolidada, en materia de extinción contractual aplicable mutatis mutandis a otros supuestos en que invoque tal violación de derechos fundmanetales y en particular del vulneración de la garantía de indemnidad, viene a mantener, que, cuando se alegue que un despido formalmente disciplinario encubre en realidad una extinción del nexo contractual lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, incumbe al empresario probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional. Pero para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi", no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato, y presente esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva, constituyen una legítima causa de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales". (STC NÚM. 136/1996 F. 6º).

Señala en este mismo sentido, la Sentencia de dicho Tribunal de 23 de julio de 1996 (RTC 1996\136), que lo relevante para que pueda prosperar el desplazamiento al

empresario del "onus probandi", en despidos tildados de discriminatorios (o producidos con infracción de derechos fundamentales del trabajador) "... no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímilmente dado lugar, en todo caso, al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales... debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión de derechos fundamentales".

Por otra parte, y en cuanto a la carga de la prueba, señalar que el bloque normativo compuesto por los arts. 96 y 179.2 Ley Procedimiento laboral hablan de "indicios" de que se ha producido la vulneración de los derechos o del trato discriminatorio. La doctrina ha resaltado que con ello se busca un "alivio" o "facilitación" de la carga de la prueba para el trabajador demandante, que debe ensayar un "principio de prueba", que no proporciona la plena convicción sobre unos hechos, sino un cierto grado de verosimilitud, "el convencimiento sobre la probabilidad de un hecho, o, al menos, la no certeza del hecho contrario". La aportación de indicios es la parte de la carga probatoria que recae sobre el demandante. "Lo que permite decir que no hay inversión de la carga de la prueba, ni en verdad alteración de las reglas que la rigen". No basta, en suma, la mera alegación de la situación de discriminación, sino que se requiere una cierta "diligencia" del demandante, también en el terreno probatorio, cifrada en la presentación de tales "indicios".

Este tipo de actividad probatoria puede versar, sobre la presentación de hechos que sugieran la existencia de una atmósfera hostil al ejercicio de los derechos fundamentales, de un "clima discriminatorio", o buscar la desvirtuación del hecho alegado por el empresario, en el doble sentido de señalar su incorrección como opción organizativa o disciplinaria, o de indicar la no certeza del mismo, de forma que se haga aparecer la mera probabilidad del hecho discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales. Se trata de generar "una razonable sospecha, apariencia o presunción" de tal alegato en favor de preservar el derecho fundamental que se estima conculcado. Es, además, una actividad de presentación de hechos o de un encadenamiento de ellos que está sometido al principio de contradicción, de manera que si los hechos alegados no son rebatidos, ello puede contribuir a formar en el juez la convicción de la situación de vulneración de derechos fundamentales.

Una vez constatada la probabilidad de una conducta antisindical, contraria al ejercicio de los derechos fundamentales o discriminatoria, se exige al empresario una actividad probatoria completa, que debe estar en condiciones de ofrecer por su mayor cercanía y dominio de la prueba, sobre las causas reales de su actuación, que deben ser "absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales" y con la "entidad suficiente como para adoptar la decisión". Y ello "con independencia de la facultad empresarial que se cuestione y del derecho fundamental afectado".

En este punto, la jurisprudencia constitucional ha sido muy explícita al respecto. Así, respecto de los casos de despido, ha precisado que "lo relevante no es sólo la realidad o no

de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímelmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales". En lo referente a otras decisiones, relativas a cuestiones organizativas o de empleo, no puede mantenerse la discrecionalidad del acto empresarial como justificante de acciones lesivas de derechos fundamentales, sino que aquí también se requiere la justificación laboral "real y de entidad suficiente" de la decisión adoptada -no transformar un contrato a tiempo parcial en otro a jornada completa en el supuesto concreto- y excluir que esta decisión fuera ajena a todo propósito discriminatorio.

Este es, por tanto, el resultado del desplazamiento al demandado de la carga de acreditar que la medida es objetiva, razonable y proporcionada. Se debe resaltar que en este caso, la acción del empresario ha de ser "suficientemente probada", de forma que dicha exigencia comporta "una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo llevar a la convicción del juzgador no la duda, sino la certeza de que su actuación fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio".

No es, por tanto, simétrica, la posición de ambas partes respecto de la prueba, en relación con la vulneración de derechos fundamentales, ante "la especial dificultad que, en no pocas ocasiones, ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes, la lesión constitucional encubierta tras la legalidad, sólo aparente, del acto empresarial". En efecto, "el arbitrio que la empresa tiene, en uso del poder de organización que la ley le confiere, le permite ocultar cualquier motivación antisindical y presentar una apariencia de licitud en su actuación", y por ello la configuración de la carga de probar que la actuación empresarial obedece a causas reales y suficientes, alejadas de cualquier propósito lesivo de derechos fundamentales, "es una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador".

Sobre la garantía de indemnidad, existe consolidada doctrina del Tribunal constitucional, como revelan sus Sentencias 7/1993 (RTC 1993\7), 14/1993 (RTC 1993\14), 54/1995 (RTC 1995\54), 140/1995 (RTC 1995\140] 197/1998 (RTC 1998\197), 168/199 (RTC 1999\168), 101/2000 (RTC 2000\101). De entre todas ellas cabe destacar la 101/2000, de 10 de abril, según la cual <<una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (STC 7/1993), ya que entre otros derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato [art. 4.2, apartado g) del Estatuto de los Trabajadores]>>, de tal manera que <<en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos>>. Por su parte la sentencia 199/2000, reiterando lo expuesto en la 140/1999, de 22 de julio, expone que <<El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues,

mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no puede seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En suma, tal garantía se traduce en el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables por el ejercicio de acciones judiciales o previas al proceso en defensa de sus derechos laborales.

Criterio que también se recoge por la doctrina emanada por el TSJ del País Vasco SS 25/9/2012 en donde se viene a señalar :El Tribunal Constitucional en diversas sentencias – a destacar las Sentencias 140/1.999, 168/99, 101/2000, 198/2001, 55/04, 38/05, 120/06, 138/06 - reproduciendo en todas ellas prácticamente la misma doctrina jurisprudencial - determina el contenido del derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva, señalando desde el primer momento de su fundamentación jurídica que el artículo 24 CE otorga una garantía de indemnidad a su titular, garantía que puede oponerse frente a cualquier acto represivo de los poderes empresariales y recordando que *“la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario”*. Tiene su origen esta doctrina, como el propio Tribunal señala, en su Sentencia 7/1.993, en cuyo tercer fundamento jurídico se manifiesta que *“si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción de las demandadas por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de la sanción sería la de radicalmente nula”, fundando su afirmación incluso en el artículo 5-c) del Convenio nº 158 de la OIT (ratificado por España y publicado en el BOE de 29 de junio de 1.985), precepto que cita el TC al decir que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo “el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes”*.

Aborda también el TC en las sentencias de referencia el problema de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales, para lo que recuerda su propia doctrina desde la STC 38/1.981, en el sentido de que *“cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Si bien, para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (SSTC 87/1.998 y 74/1.998, y las allí citadas). Es decir, no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional. Al demandante corresponde aportar, cuando alegue que un acto empresarial ha lesionado sus derechos fundamentales, un indicio razonable de que tal lesión se ha producido, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en el caso, el motivo oculto de aquel acto (SSTC 90/1997, 74/1998, 87/1998)...”*, a lo que añade, como conclusión de lo antedicho, que *“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 (STC 21/1.992). Ciertamente, 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 266/1.993, fundamento jurídico 2º), pero sí recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste simplemente el intentarlo (STC 114/1.989, 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 moverle a adoptar la decisión enjuiciada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante (STC 74/1.998, fundamento jurídico 2º)” .

En otras palabras, se trata para el órgano judicial, de descubrir el nexo entre la decisión empresarial impugnada, perjudicial para el trabajador, y el hecho de haber ejercitado aquél su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que normalmente la medida empresarial que se reputa atentoria contra aquella garantía mantiene una apariencia de justificación con base en motivos distintos. Por ello, el TC señala la existencia de una causa real seria y suficiente para la adopción de la decisión empresarial analizada como la única posibilidad de que el órgano judicial resuelva la cuestión haciendo un simple examen de legalidad, abandonando el debate de constitucionalidad o rechazando éste. Más concretamente, la antes citada STC 138/06, de 8 de mayo, argumentaba más extensamente acerca de la inversión probatoria, del siguiente modo: “*La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5, y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4).*

En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5, y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, por todas)”.

En este caso, la mera alegación de que el actor hubiera podido verificar algunas manifestaciones de disconformidad con alguna decisión o efectuada alguna reclamación verbal en materia salarial o de categoría, no constituyen datos que puedan tener el peso o la significación indiciara que la parte actora pretende. De hecho, ni siquiera consta que con anterioridad a la orden de traslado se hubieran iniciado actuaciones judiciales o preprocesales en reclamación de derechos, ni tampoco que se hubiera materializado denuncia ante la Inspección de trabajo, conviniéndose por tanto insuficientes las circunstancias referidas a los fines de prueba indiciara que se postula.

CUARTO.- En su defecto, y siendo que dicha modificación como se ha visto impuesta al margen de cumplimentación formal, del art 40.1 del ET, la misma habrá de declararse nula pero por motivos formales. En este sentido, también ha de seguirse el criterio sentado en sentencia de la Sala de 28 de septiembre de 2000 (JUR 2000\309845) (con remisión a las de los Tribunales Superiores de Justicia de La Rioja de 14 de diciembre de 1999 [AS 1999\4783] y Galicia de 20 de julio de 1999 [AS 1999\1982]) que viene a razonar que «aunque la Ley no establece la sanción para el incumplimiento de las formalidades, la declaración de justificada o injustificada de la modificación está en relación exclusiva con la acreditación o no de las razones invocadas por la empresa (de tal manera que) los requisitos de forma exigidos en el precepto legal se dirigen a la preservación de las garantías de los trabajadores que no pueden ver alterado su sistema de trabajo de forma inmediata sin posibilidad de acomodación de su vida laboral». Garantía (de defensa) que no puede entenderse cumplimentada sin la comunicación escrita al trabajador afectado.

QUINTO.-El art 137.7.8 y 9 de la LJS dispone lo siguiente:

7. La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa.

La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 40 y en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días.

La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos.

Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores,

así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108.

8. Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciera de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a lo establecido en los artículos 279, 280 y 281.

9. Si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos, salvo que el trabajador inste la ejecución prevista en el apartado anterior. En todo caso serán de aplicación los plazos establecidos en el mismo.

SEXTO.- En cuanto a la compensación por los daños morales, ha de significarse que estos se vinculan a los bienes no mensurables que conforman la esfera de la personalidad. Por eso, la jurisprudencia gráficamente ha señalado que la reparación por estos daños, constituye el precio del dolor, en definitiva la compensación por el sufrimiento padecido por quien ha sido víctima de tales actos.

En el supuesto enjuiciado, la petición de resarcimiento no se cuantifica dinerariamente como un perjuicio económico, sino que se pretende materializar a través de la publicación de una nota informativa relacionada con esta Sentencia en determinados medios de comunicación y en la intranet de la empresa.

Respecto a la publicación en los medios de comunicación, tal pretensión no puede acogerse, en los términos planteados por cuanto se considera excesiva y no proporcionada en la extensión propuesta, no costando siquiera que la medida de traslado impugnada hubiera tenido alguna repercusión o seguimiento concreto en los medios de comunicación citados o hubiera tenido una trascendencia pública generalizada. Únicamente podría colegirse justificado un cierto interés en lo que se refiere a la publicación de una nota en la intranet de la empresa a los meros efectos informativos internos, con lo que, el pronunciamiento de condena resarcitoria, habrá de limitarse a dicho contenido en los términos que se indicarán en el fallo de esta Resolución.

SEPTIMO.- El art 191.2 e) de la LJS dispone que no serán susceptibles de recurso de suplicación los procesos de movilidad geográfica distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores; en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del artículo 41 del referido Estatuto; y en los de cambio de puesto o movilidad funcional, salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación; y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Estimando parcialmente la demanda promovida por D. I
contra ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS , CAJAS Y SEGUROS
(ADICAE) , y MINISTERIO FISCAL sobre impugnación de traslado declarado la nulidad del
mismo por motivos formales con derecho del trabajador a ser repuesto en el puesto de trabajo
que ocupaba como personal técnico en el Centro de Bilbao, condenando a la empresa
ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS , CAJAS Y SEGUROS a estar y pasar por dicha
declaración y a su cumplimiento. Asimismo se condena a ASOCIACION DE USUARIOS DE
BANCOS , CAJAS Y SEGUROS a publicar en la intranet de la empresa una nota informativa
en la que se transcriba el fallo de esta sentencia por un periodo de tiempo mínimo de 7 días.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno, por lo que la misma es
FIRME desde la fecha de su dictado (artículo 191.2 e) de la LJS).

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