

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

Sentencia 1227/2015, de 30 de junio de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1136/2015

SUMARIO:

Reclamación, en proceso separado, de indemnización por daños morales ocasionados por un despido lesivo de derechos fundamentales, planteada tras la sentencia que declaró su nulidad.

Procedencia. Debe rechazarse la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por la empresa y la existencia de cosa juzgada negativa. Esta porque en el anterior litigio no se suscitó ni decidió la cuestión relativa a la procedencia de la indemnización por daño moral y aquella porque tal reclamación se puede encauzar de forma separada, incluso en plazo posterior al de impugnación del despido, por la vía del proceso especial de tutela de derechos fundamentales y no por el proceso ordinario, lo que en todo caso no genera indefensión. Vid STS de 9 de mayo de 2011 (rec. núm. 4280/2010) -NSJ039949- y de 13 de junio de 2011 (rec. núm. 2590/2010) -NSJ039948-. En lo referente a la ponderación económica del daño moral, se han de considerar dos criterios: la reparación *in integrum* y la finalidad contributiva de prevenir el daño. Para cumplir tales finalidades el Tribunal ha acudido como criterio orientador a la sanción prevista en la LISOS por la comisión de infracción grave.

PRECEPTOS:

Ley 36/2011 (LRJS), arts. 177.1, 183.2 y 184.

PONENTE:

Don Juan Carlos Iturri Garate.

Magistrados:

Doña ELENA LUMBRERAS LACARRA
Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE
Don MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR

RECURSO N.º: Suplicación / E_Suplicación 1136/2015

N.I.G. P.V. 48.04.4-14/009578

N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2014/0009578

SENTENCIA N.º: 1227/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a treinta de junio de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. don MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, don JUAN CARLOS ITURRI GARATE y doña ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por ATACO S.L . contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de los de Bilbao, de fecha 16 de marzo de 2015, dictada en el proceso 911/2014, sobre TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL y entablado por doña Angelica frente a ATACO S.L. .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO. La actora Angelica con DNI NUM000 presta servicios por cuenta y órdenes de la empresa demandada ATACO, S.L., con la categoría profesional de dependienta, antigüedad de 2 de octubre de 2001 y percibiendo un salario bruto mensual de 780,21 euros, incluida la prorrata de pagas extras.

SEGUNDO. Mediante carta de fecha 28 de junio de 2013, la empresa demandada notificó a la actora su despido disciplinario, con efectos al mismo día; comunicación en la que se indicaba literalmente lo siguiente:

"Estimada Sra. Angelica,

Por medio de la presente y de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, ponemos en su conocimiento que la Dirección de esta Empresa ha tomado la decisión de prescindir de sus servicios profesionales y extinguir su contrato de trabajo, con efectos al día de la fecha, 28 de Junio de 2.013.

Las razones que justifican su despido se materializan en los reiterados incumplimientos, que vienen siendo protagonizados por su parte, desobedeciendo las instrucciones y órdenes encomendadas por sus superiores en la empresa.

La indicada conducta es constitutiva de un incumplimiento contractual grave y culpable, por su parte, de las obligaciones que, presididas siempre por la buena fe, tiene para con esta empresa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores y es sancionable con el despido, en virtud del artículo 54.1 del mismo Texto Legal ".

En correo electrónico de 27 de junio de 2013 consta comunicación entre la asesoría laboral de la empresa y ésta remitiendo borrador de carta de despido disciplinario de la actora. Se da por reproducido el contenido del citado correo electrónico, que consta como documento nº 7 del ramo de prueba de la empresa demandada.

TERCERO. En documento de fecha 12 de marzo de 2013, suscrito por los trabajadores de la empresa demandada, se designó a la demandante y a Gema como sus portavoces ante la empresa.

El día 2-4-2013, se remitió por burofax a la empresa un escrito suscrito por las dos citadas trabajadoras, comunicando la celebración de una asamblea de trabajadores el día 13 de abril de 2013, en los siguientes términos:

"EXPONEN

PRIMERO. Tal y como establece el artículo 77 del Estatuto de los Trabajadores las y los trabajadores de una misma empresa tienen derecho a reunirse en asamblea, la misma podrá ser convocada por un número de trabajadores no inferior al 33 por 100 de la plantilla.

SEGUNDO. Se ha procedido a recoger las firmas preceptivas para la realización de una asamblea de trabajadores de todo el personal perteneciente a la empresa. Dicha reunión se celebrará en el centro de trabajo de la calle Marqués del Puerto por reunir las condiciones idóneas para ello, siempre sin perturbar la actividad empresarial del mismo centro. Comenzando la asamblea a las 15 horas del día 13 de abril de 2013.

TERCERO. Si la empresa considera que el centro no es apropiado para desarrollar la reunión de las y los trabajadores, rogamos se nos comunique con el tiempo suficiente, al menos 48 horas, para informar a los y las empleadas de los posibles cambios.

CUARTO. El artículo 77 del Estatuto de los Trabajadores permite, previo consentimiento de la empresa, de la asistencia de asesores a dicha asamblea, notificando su nombre y DNI con 48 horas de antelación, Se comunicará a la empresa con la antelación suficiente el nombre y los números de identificación de los dos asesores, miembros de una Consultoría Jurídico Laboral que asistirán a la asamblea.

QUINTO. La asamblea de trabajadores tendrá el siguiente orden del día:

- 1-Elección de mesa y actas.
- 2-Elección de los representantes de los trabajadores.

3- Información y asesoramiento sobre la solicitud de la empresa de una modificación del convenio colectivo.

4- Decisiones pertinentes a adoptar, si se considera oportuno.

5- Asuntos varios.

SEXTO. Se aporta en el presente documento las firmas con sus preceptivos DNI de la plantilla, que suman el 33% de la plantilla (sería interesante recoger más del 33%, para evitar posibles problemas).

Por lo expuesto, SOLICITAMOS

Que la empresa tome las medidas oportunas para que se pueda celebrar la asamblea de trabajadores, así como para permitir la entrada a los asesores que intervendrán en la misma".

La dirección de la empresa contestó al anterior burofax de las trabajadoras mediante escrito de fecha 9-4-2013, en los términos siguientes:

"En respuesta al burofax remitido por Uds, a la Dirección de Ataco, S.L. con la propuesta de celebración de una asamblea, el día 13 de abril a las 15 horas en el centro de trabajo de la calle Marqués del Puerto, les comunico lo siguiente:

La empresa considera que el local propuesto para la celebración de la asamblea no reúne las condiciones apropiadas para una reunión de estas características. En base a lo cual, ponemos a su disposición los locales sitos en el Palacio San Joseren supeditado a una fecha en que no haya ningún evento en este centro.

Respecto al orden del día, es preciso aclarar que el punto 3 del mismo hace mención a una solicitud de la empresa de modificación del convenio colectivo que hasta el momento no se ha dado".

La asamblea de trabajadores se celebró el citado día 13 de abril de 2013 y en la misma se eligió a la actora como representante "ad hoc" de los trabajadores, junto con otras dos trabajadoras de la empresa (Regina e Gema).

Mediante escrito de fecha 23 de abril de 2013, las tres trabajadoras citadas comunicaron a la gerencia de la empresa demandada lo siguiente:

"Exponen

PRIMERO,- Que ante la información recibida de la empresa de una posible modificación, o descuelgue del presente convenio colectivo que rige las relaciones laborales entre esta empresa y trabajadoras y trabajadores se ha procedido a realizar una asamblea de trabajadores/as.

SEGUNDO. En dicha asamblea de trabajadoras y trabajadores celebrada en Bilbao a las 17 horas el pasado Sábado 13 de Abril, se procedió a elegir a través de una votación secreta a una representación "ad hoc".

TERCERO. Como consecuencia de esa votación resultaron electas Regina, Gema y Angelica .

Solicitan

Reunión con la gerencia de ATACO S.L. con fecha 30 de abril de 2013 a las 14:30 horas, en las oficinas de la empresa".

El referido día 30 de abril de 2013 tuvo lugar la reunión que había sido solicitada por los trabajadores.

Mediante burofax de 28 de junio de 2013, remitido por la demandante y las trabajadoras Regina e Gema, las mismas solicitaron a la dirección de la empresa una reunión para el día 2 de julio de 2013, en los siguientes términos:

"(. ..) EXPONEN

PRIMERO. Que por la presente y ante el decaimiento de los convenios previsto en las próximas fechas, esta parte entiende que sería satisfactorio, tanto para la empresa como para la parte social llegar a un pacto de empresa que establezca la situación de incertidumbre que se pueda generar en un futuro inmediato.

SEGUNDO. Esta parte entiende también que es necesario calendarizar una serie de reuniones para poder discutir las medidas que se puedan implementar en beneficio de la productividad, motivación y tranquilidad de la plantilla.

Por lo expuesto SOLICITAMOS

Que la empresa mantenga una reunión con las tres representantes el próximo martes día 2 de julio de 2013, a las 16:30 en el centro de trabajo en Avenida Zugazarte nº 52, Palacio de San Joseren, Las Arenas, dependencias de la empresa.

Atentamente,"

En escrito de fecha 9 de julio de 2013, la dirección de la empresa comunicó a los trabajadores lo siguiente:

"A todos los trabajadores de la empresa ATACO, S.L.

Ante el decaimiento del convenio colectivo para el sector del comercio de alimentación de Bizkaia, publicado en el BOB el 2 de Febrero de 2009, os comunico que la empresa va a mantener las condiciones laborales establecidas en dicho convenio al menos hasta el 31 de diciembre de 2013, en la confianza de que antes de que acabe este periodo, se habrá firmado el nuevo convenio del sector.

Por tanto, la regla es aplicar el convenio como si estuviera vigente, aunque sea en virtud de esta declaración unilateral de la empresa, con el fin de evitar cualquier vacío en la determinación de vuestras condiciones laborales y para que tengáis la confianza de que en ningún caso van a quedar en incertidumbre.

Atentamente,".

El día 11 de julio de 2013, la dirección de la empresa, por medio de Genoveva, da respuesta a las trabajadoras Regina e ¡ Gema en relación al burofax de 28-6-2013, en los siguientes términos:

"Estimadas Regina e Gema,

Me dirijo a vosotras en respuesta al burofax enviado el pasado día 28 de junio, en el que mi proponíais un pacto de empresa ante el decaimiento de los convenios, y establecer una serie de reuniones para discutir medidas en beneficio de la productividad, motivación y tranquilidad de la plantilla.

Vuestro burofax refleja una preocupación en relación con las condiciones laborales recogidas en el convenio colectivo, que vienen de tiempo atrás. Fue el 3 de abril cuando se realizó una asamblea para informar a los trabajadores de una supuesta modificación del convenio colectivo, (que yo lo desmentí el día 9), indicando que la empresa no había planteado ninguna modificación ni descuelgue del convenio. Y cuando el día 23 me indicasteis que vosotras y Angelica habíais sido elegidas representantes "ad hoc" para negociar una posible modificación o descuelgue del convenio colectivo, yo os volví a informar, el día 30, de que no había nada que negociar porque tal modificación o descuelgue no formaba parte de ninguna propuesta efectuada por la empresa.

Ayer de nuevo quise ratificarme sobre este tema de forma definitiva. Por ello, envié una carta a todos los trabajadores y trabajadoras de la empresa, en la que comuniqué que ante el decaimiento del convenio, la empresa ha decidido unilateralmente mantener las condiciones del mismo.

Con esta medida, queremos evitar cualquier vacío en la determinación de las condiciones laborales de la plantilla.

En cuanto a la discusión de las otras posibles medidas que planteáis en beneficio de la productividad, motivación y tranquilidad de la plantilla, se trata de una serie de expresiones genéricas, pero me valen para decirnos lo que ya sabéis:

Desde que he llegado a la empresa, he estado en contacto permanente con la plantilla para comunicaros la situación actual de la empresa y elaborar un programa de gestión en diferentes ámbitos, entre los que están aquéllos aspectos que inciden de manera directa en la plantilla (calendarios, horarios, tiempos de trabajo, etc...).

Agradezco cualquier aportación en estos aspectos. En ese sentido, os convoco a una reunión el día 15 de Julio a las 16:30 h, en mi despacho.

Lamentablemente a esta reunión no puede acudir Angelica, pues como sabéis, fue despedida como sanción disciplinaria por las actuaciones que también conocéis. Dicho despido se realizó antes de recibir vuestro escrito.

En cuanto al carácter con el que solicitáis la reunión, realizadas las correspondientes consultas a vuestros, asesores, nos comunican que bajo ningún concepto tenéis la condición de representantes formales.

No obstante, y en lo que a mí respecta, esto no supone ningún obstáculo para establecer un diálogo permanente que nos permita desarrollar una relación de trabajo ágil y productiva para abordar todas las mejoras que nos hemos propuesto para este ejercicio 2013.

Por lo que os invito a trabajar en la línea de colaboración que hemos emprendido para crear entre todos un buen clima de trabajo, de motivación y tranquilidad en la plantilla".

CUARTO. Disconforme con el despido, la trabajadora recurre el mismo ante la jurisdicción social en fecha 9 de julio de 2013 solicitando la calificación del despido como nulo por vulneración de su Derecho Fundamental a la libertad sindical, proceso sobre el que recae sentencia en primera instancia del Juzgado de lo social n.º 4 de Bilbao con fecha 20 de enero de 2014 y que fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recayendo sentencia estimatoria en fecha 6 de mayo de 2014 . Dicha sentencia ha devenido firme.

Segundo.

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: "Que ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por Angelica contra ATACO S.L., debo condenar y condeno a la empresa demandada a satisfacer a la actora la cantidad de 12.000 e."

Tercero.

Ataco, S.L. formalizó en tiempo y forma recurso de suplicación contra tal resolución, recurso que fue impugnado por la señora Angelica .

Cuarto.

En fecha 10 de junio de 2015 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 15 de junio, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 23 de junio de 2015.

Lo que se ha llevado a cabo, dictándose sentencia seguidamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Ataco, S.L. formula recurso de suplicación contra la sentencia que ha estimado en lo sustancial la demanda que planteó doña Angelica por la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas y condena a tal demandada a abonar a la demandante 12000 euros en el concepto daños morales producidos por el despido disciplinario que actuó en fecha 28 de junio de 2013, despido que fue calificado como nulo por sentencia firme de esta Sala de fecha 6 de mayo de 2014 (recurso 689/2014) por entender que el mismo había constituido lesión del derecho a la libertad sindical de la señora Angelica, libertad que es considera como libertad pública a proteger por los poderes públicos en el artículo 28, número 1 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978.

Recordar que aquella sentencia nuestra estimó el recurso de la señora demandante frente a la sentencia de fecha 20 de enero de 2014, que había dictado el Magistrado titular del Juzgado de lo Social número 4 de los de Bilbao en el proceso por despido 998/2013 seguido ante el mismo, resolución que había calificado aquel despido como improcedente. Ya se ha dicho que esta Sala lo calificó como nulo.

Prefijada ya en vía judicial y firme que si que hubo una conducta lesiva de derecho fundamental o libertad pública, la Magistrada autora de la sentencia ahora recurrida, asume el criterio de la demandante para fijar la indemnización, criterio que pasa por calificar la conducta empresarial observada como constitutiva de la falta muy grave prevista en el artículo 8, número 12 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) y considerando el importe que, para tal falta, se prevé en su artículo 40 en sus tres grados, reclamaba aquella cantidad de 12000 euros que considera la Juzgadora.

El objeto del recurso presentado por la empresa es múltiple, pues el escrito de formalización del recurso termina por pedir varias cosas de forma sucesiva. En concreto, principalmente pide que se aprecie cosa juzgada material en relación con aquella nuestra sentencia de 6 de mayo de 2014 anteriormente mencionada y se considere que hay falta de acción. Subsidiariamente a ello, que se anulen las actuaciones, para que al demandante se le de opción para elegir entre la presente modalidad procesal o acudir al proceso ordinario. De forma subsidiaria a todo ello, que se aprecie inadecuado procedimiento, por entender que el cauce adecuado para enfocar la pretensión actuada en demanda es el proceso ordinario, lo que supondría la absolución de la demandada. Y finalmente, de forma subsidiaria a todas estas peticiones, que se fije la indemnización en 1250 euros.

Al efecto tal sociedad recurrente plantea un total de cinco motivos de impugnación. El primero lo enfoca por la vía del apartado a del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) el segundo por la de su apartado b y los otros tres por la de su apartado c.

Dicho recurso es impugnado por la señora Angelica que presenta un escrito de impugnación de tal recurso en el que se opone a esos cinco motivos de impugnación y termina pidiendo que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida.

Previamente al estudio de todos estos motivos, nos hemos de pronunciar sobre el documento aportado con su recurso por Ataco, S.L.

Segundo.

¿Sobre la admisibilidad del documento aportado con el escrito de formalización del recurso.

Tal documento consiste en una copia de la resolución de 16 de marzo de 2015, dictada por el Señor Delegado Territorial en Bizkaia del Departamento de Trabajo, Empleo y Políticas Sociales del Gobierno Vasco, dictada en el procedimiento sancionatorio ST 37/15 (acta 5009/15) por la que se califica administrativamente la conducta empresarial sujeta a examen en este proceso como de constitutiva de falta grave y se impone a la sociedad incumplidora la sanción de multa de 626 euros.

Dada la fecha en que se notificó aquella resolución a la empresa (fecha de salida de 16 de marzo de 2015) y la fecha en que se presenta ante esta Sala (4 de mayo de 2015), se ha de suponer la condición de firme en vía administrativa de tal sanción, pues la recurrente manifiesta que no la ha recurrido.

En su consecuencia, cumpliéndose los requisitos que el artículo 233, número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social prevé para la admisión excepcional de documentos en suplicación, admitimos tal escrito.

Tercero. Primer motivo de impugnación.

La petición de nulidad de actuaciones en la que se basa este primer motivo tiene por presupuesto legal inexcusable que la infracción de la normativa o garantía procesal haya supuesto indefensión, tal y como se deduce de la simple lectura del apartado a del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social y existe reiterada jurisprudencia al respecto. Entre otras sentencias que la encarnan, cabe citar las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 16 de septiembre de 2014 y 7 de septiembre de 2010 (recursos 215/2013 y 1412/2010).

La recurrente considera que debe darse opción a la señora demandante para que elija entre la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas y la de proceso ordinario, citando al efecto el artículo 102 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, pero ni menciona la palabra indefensión en todo la exposición del motivo ni menos fundamenta la forma en que se le produciría la misma caso de no darse esa opción.

La nulidad de actuaciones es un remedio último para subsanar defectos procesales y uno de las manifestaciones de tal condición residual del instituto es que se imponga preceptivamente que se haya producido efectiva indefensión a la parte que lo alega para que proceda acordar la misma.

Todo ello incluso presuponiendo que se haya producido la inadecuada selección de la modalidad procesal elegida, tanto por la demandante como por la Juzgadora. Pero es que tampoco se da tal presupuesto de selección errónea, como explicamos al resolver el cuarto motivo de impugnación en el sexto fundamento de derecho de esta sentencia.

Las anteriores razones son varias y cada una de ellas por sí sola suficiente para desestimar este motivo, como así se hace.

Cuarto. Segundo motivo de impugnación.

Una vez admitido el documento aportado con el escrito de formalización del recurso, es trascendente y debemos asumir que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social valoró la conducta empresarial observada con ocasión del despido de doña Angelica y que entendió que era constitutiva de falta laboral grave, sancionable con multa de 626 euros, que es la que se le impuso por la autoridad laboral en resolución administrativa que causa estado, al no haber sido recurrida.

De ello partimos para estudiar el último motivo de impugnación en el séptimo fundamento de derecho de esta sentencia. Estimamos, pues, este segundo motivo de impugnación.

Quinto. Tercer motivo de impugnación.

En este motivo de impugnación la recurrente sostiene la operatividad de la cosa juzgada material y negativa, citando como infringidos los artículos 222 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), Ley que es de subsidiaria aplicación al proceso laboral, dado lo dispuesto en su artículo 4 y en la disposición final cuarta de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social .

Sostiene que ya se decidió en el previo pleito por despido la pretensión actuada en la demanda rectora de este proceso y que, en su caso, allí debió resolverse sobre si procedía o no la indemnización, razón por la que cita el artículo 400. En realidad, si ya se decidió, hablaríamos de cosa juzgada, si no se decidió, pero debió entonces decidir si procedía o no la misma, sería inadecuado este proceso y si ni se decidió entonces ni tenía porqué decidirse entonces, procedería desestimar ambas excepciones.

Consideramos que procede esto último, como explicamos en este fundamento y en el siguiente.

Por lo que hace a la cosa juzgada material y negativa, que es el instituto que la recurrente pretende aplicar al caso al desarrollar este motivo de impugnación, hemos de decir que no procede en este caso, pues entonces ni se planteó y por tanto, tampoco se decidió por la jurisdicción sobre si procedía o no indemnización por vulneración de la libertad sindical ocasionada al despedir a la demandante.

De forma tradicional y en base al derogado artículo 1252 del Código Civil se consideraba que, para que operase la cosa juzgada material en su vertiente negativa, debían darse una triple identidad: de sujetos, de objeto y de causa de pedir.

Hoy en día el vigente artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que fue la nueva Ley que derogó aquel artículo 1252, no hace referencia expresa a esa triple identidad, pero exige que haya procesos idénticos (número 1) para que opere ese efecto.

En nuestro caso uno y otro proceso no son idénticos. Entonces se impugnó un despido, alegándose que el mismo había vulnerado una libertad pública. En este, presupuesto que entonces se conculcó el artículo 28, número 1 de la Constitución, se pide además una indemnización por daño moral producido por tal conculcación, extremo que no fue tratado entonces. Consecuencia de ello es que no quepa hablar de identidad de procesos.

Si que obviamente hay un presupuesto previo de un proceso en relación con el otro. Y es que en este proceso no se puede ignorar lo dicho en aquel proceso seguido entre las mismas partes. Por tanto, se ha de partir de que aquel despido fue ilegítimo y fue ilegítimo porque vulneró la libertad sindical de la demandante. Es decir, que aquel proceso produce en éste el efecto material y positivo, que no negativo, de la cosa juzgada, efecto positivo, previsto legalmente en el actual punto 4 del citado artículo 222.

Pero en aquel previo proceso no hubo pronunciamiento, ni estimatorio ni desestimatorio, sobre la existencia de daño moral y sobre si procedía fijar indemnización por ello y en su caso, su cuantía. La reparación por tal vía está expresamente regulada en el ordenamiento jurídico y hemos de decir que en aquel previo procedimiento no se actuó esa acción. Se pudo actuar, pero no se actuó. Si no se actuó, no se puede decir que medió previo pronunciamiento judicial firme sobre la misma.

Cita la parte recurrente la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 21 de noviembre de 2013 (recurso 2874/2013) que fija criterio al que considera esta Sala. Aún y referirse a un previo pleito sobre modificación sustancial de condiciones y no a uno de despido, como es nuestro caso, el tema de fondo sobre la cosa juzgada es el mismo y el criterio de aquella sentencia es diverso al que se sostiene por este Tribunal. Recordar que tal sentencia, aparte de ser solo una, tampoco constituye la jurisprudencia a la que se refiere el apartado c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, pues tal precepto impone una interpretación sistemática de tal concepto, relacionándolo con el significado que le atribuye el artículo 1, número 6 del Código Civil, según es criterio consolidado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Por último, entendemos que éste nuestro criterio se amolda a las ideas que laten en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2011 (recurso 4280/2010) que cita la parte impugnante del recurso y se atiene también a la ulterior sentencia de dicha Sala de fecha 13 de junio de 2011 (recurso 2590/2010) que resuelve un caso mas parecido al presente que el anterior y en el que el Tribunal Supremo ya asume que cabe formular de forma incluso ulterior al plazo de impugnación del despido y no por esa modalidad, sino por la que se ha llevado este proceso, reclamaciones como la de autos.

En tal sentido, destacar que en tal sentencia se lee: "A lo que añadir, como decisivo argumento, que la frase «se tramitarán inexcusablemente» utilizada por art. 182 LPLva referida tan sólo a concretar la modalidad procesal que ha de seguirse cuando se pretenda la nulidad de un despido en base a alegada vulneración de derecho fundamental, y que ha de ser la del despido [arts. 103 y sigs. LPL], pero en forma alguna puede entenderse la expresión legal en el sentido de que mediando despido la indemnización atribuible a la lesión del derecho fundamental necesariamente -«inexcusablemente», al decir de la norma- haya de pretenderse en el proceso por despido [recordemos nuevamente el carácter potestativo de la acumulación de acciones].

Es más, en el supuesto ahora debatido la demanda por el despido -posteriormente objeto de conciliación- para nada hizo mención a que la medida extintiva se hubiese producido con vulneración de los derechos fundamentales, en tanto que la pretensión indemnizatoria de esta última se ejercita con mucha posterioridad y al margen de ese cese conciliado, por lo que - con independencia de lo previamente afirmado sobre la dualidad de pretensiones que no de peticiones- en el concreto caso de que tratamos es más claramente inargumentable la inactividad del procedimiento por despido y la aplicación del plazo de caducidad. Y en todo caso, lo que está claro es que -contrariamente a lo afirmado en la decisión recurrida- el actor no ha pretendido burlar la norma y obtener indebidamente una indemnización adicional; lo que afirmamos sin prejuzgar en absoluto la existencia o

inexistencia de lesión en los derechos fundamentales, ni el alcance que pueda atribuirse al finiquito suscrito por las partes."

Resta por añadir que el actual artículo 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social es similar en su contenido al derogado artículo 182 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Tal criterio es reiterado en el fundamento de derecho tercero del auto de fecha 10 de abril de 2014 (recurso 1722/2013) de dicha Sala Cuarta, auto también citado por la parte impugnante del recurso.

De lo anterior se deduce que desestimamos también este motivo de impugnación.

Sexto. Cuarto motivo de impugnación.

Como ya se ha dicho, en este motivo se defiende que el procedimiento elegido es inadecuado, pues sostiene la recurrente que debió encauzarse la pretensión por la vía de la modalidad ordinaria de proceso laboral y no por la especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Cita como infringidos los artículos 102 y 177 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, especialmente sus artículos 183 y 184.

En coherencia con lo dicho en el fundamento de derecho anterior, partimos en este caso de que aquel proceso de despido y éste no son idénticos.

Ahora ya no se trata de ver eso, de si debió plantearse forzosamente entonces la reclamación indemnizatoria por vulneración de derechos fundamentales, sin que luego se pudiese plantear de forma autónoma. Ahora lo que plantea la parte recurrente en este motivo es que, en la hipótesis, que no comparte, de que se pueda plantear de forma separada tal reclamación, ello haya de encauzarse por la vía de la modalidad procesal especial prevista en los artículos 177 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social o deba de encauzarse a través del ordinario proceso laboral.

Hemos de partir de que aquella sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011 y del auto de tal Sala Cuarta de 10 de abril de 2014, anteriormente citados y que hacen ver que el procedimiento elegido por la señora Angelica y asumido por el Juzgado (modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales) es el adecuado y conforme la Ley. Así se asumió en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 2 de mayo de 2013 (recurso 202/2013) que adquirió condición de firmeza por aquel auto del año 2014 del Tribunal Supremo.

En definitiva, reclamándose indemnización reparadora por daño moral derivado de conculcación de derecho fundamental y libertad pública, entendemos que la modalidad procesal indicada en demanda y asumida por el Juzgado es la adecuada.

Por ende, aún y cuando se considerase que debiera ser la modalidad ordinaria y no esa especial, no aduciendo generación de indefensión con aquella decisión sobre el trámite a dar a la demanda (tampoco recurrido en su día por la demandada) no cabría nulidad de actuaciones (artículo 193, letra a de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social), sino que debiera de darse a la demandante la opción de cambiar de procedimiento y en su caso, cambiar el procedimiento, salvo el caso de que la demandante persistiese en mantener la opción de la modalidad procesal especial (artículo 102, número 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social)

Todo lo anterior nos lleva a desestimar también este motivo.

Séptimo. Quinto motivo de impugnación.

En este motivo final, la recurrente defiende la última petición subsidiaria de su escrito de formalización del recurso.

En concreto, que se rebaje la indemnización por vulneración de la libertad sindical de la demandante al importe de 1250 euros, pues considera que si se toma por referencia para calcular el daño moral el importe de la multa que, como sanción, se fija para la conducta empresarial ilícita administrativamente en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, ésta ya se ha fijado por la autoridad administrativa competente, considerando que se trata de una falta grave y no muy grave, como implícitamente se asume en la sentencia recurrida al admitir la fórmula de cálculo que se proponía en demanda. Siendo que tal resolución ha causado estado en vía administrativa, a ella se ha de estar.

Formalmente aduce la infracción de los artículos 4, número 1, letras c y g del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) y los artículos 7, número 10 y 8, número 12 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social en relación con su artículo 40, número 1, letras b y c.

En la demanda se alegaba daño moral y al estudiar este motivo, de lo que se trata es fijar su cuantificación económica y es que el principio que dimana del apartado 3 del artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social es que se fije tal indemnización (sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 5 y 2 de febrero de 2015, recursos 77/2014 y 279/2013, entre otras).

Como dicen las sentencias de Tribunal Supremo de fecha 11 y 5 de febrero de 2015 (recursos 95/2014 y 89/2012) el daño moral es " aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad (STS, Sala I, 25- 6-1984)"

Ahora bien, debiendo cuantificarse el daño moral, surge el arduo problema de su ponderación económica.. Y es que ya se indica en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 y 29 de enero de 2013 (recursos 95/2014 y 89/2012) que el sujeto, con el daño moral, " sufre undañopsicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole".

Si acudimos a la Ley, encontramos que el artículo 183 número 2 dice que en estos casos, como en todos en los que la prueba del importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, se han de considerar dos criterios: la reparación "in integrum" y la finalidad contributiva de prevenir el daño.

En nuestro caso, para cumplir tales finalidades, se ha acudido por la demandante como criterio orientador a la sanción prevista en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden de lo Social, criterio ciertamente admitido jurisprudencialmente.

En razón de los argumentos de la demandante, la Juzgadora consideró que se había cometido la falta muy grave prevista en el artículo 8, número 12 de tal Ley.

Posteriormente, la autoridad competente para fijar aquellas sanciones fijó que se trataba de una falta grave la cometida, luego de tener en cuenta todos los antecedentes del caso y entre ellos la sentencia de esta Sala que declaró aquel despido nulo.

Tal resolución administrativa fue consentida y ha devenido firme con posterioridad a la fecha de la sentencia recurrida.

Por ello, entendemos que no podemos soslayar la trascendencia de esta resolución, que ha causado estado. En consecuencia, hemos de partir de que la sanción es la que se ha impuesto por la autoridad administrativa competente de forma firme: la sanción correspondiente a una falta grave.

En consecuencia y atendidos los importes de las multas previstas en el artículo 40 de tal Ley, entendemos que si que debe acogerse la última petición subsidiaria del recurso y fijar la indemnización en el importe pedido en tal punto del escrito de formalización del recurso. Es decir, en la cantidad de 1.250 euros.

Octavo. Costas y depósitos.

Dada la parcial estimación del recurso, no procede pronunciamiento condenatorio en materia de costas del recurso, debiendo devolverse a la parte recurrente el depósito necesario que realizó para recurrir, debiendo devolverse a la parte recurrente el depósito necesario que realizó para recurrir y los 10.750 euros de diferencia entre los 12.000 que consignó en concepto de principal objeto de condena y los 1.250 euros que se fijan como indemnización en esta sentencia (artículos 235 y 203 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social).

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso de suplicación formulado en nombre de Ataco, S.L. contra la sentencia de fecha dieciséis de marzo de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Bilbao en los autos 911/2014 seguidos ante el mismo y en los que también es parte doña Angelica .

En su consecuencia, revocamos parcialmente la misma y fijamos el importe de la cantidad objeto de condena en 1.250 euros.

Cada parte deberá abonar las costas del recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Acordamos la devolución a la recurrente del depósito necesario que realizó para recurrir y de 10.750 euros de los 12.000 que depositó en concepto de principal objeto de condena.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1136/2015.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1136/2015.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.