



Roj: **STSJ GAL 4518/2011 - ECLI: ES:TSJGAL:2011:4518**

Id Cendoj: **15030340012011102578**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2011**

Nº de Recurso: **276/2011**

Nº de Resolución: **2828/2011**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA ANTONIA REY EIBE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 4518/2011,**
STS 4867/2012

T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:98118 4853/2155/2211

NIG: 15078 44 4 2010 0000688 SECRETARIA SR. GAMERO LÓPEZ-PELAEZ IP
084000

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000276 /2011

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEM : 0000309 /2010 del JDO. DE LO SOCIAL nº: 001 SANTIAGO

Recurrente/s: FUNDACION USC DEPORTIVA, Violeta

Abogado/a: BELEN LAREO LODEIRO, PEDRO BLANCO LOBEIRAS

Procurador: JORGE BEJERANO PEREZ, JOSE ANTONIO CASTRO BUGALLO

Graduado Social:

Recurrido/s:

Abogado/a:

Procurador:

Graduado Social:

ILMO/A SR/SRA MAGISTRADOS

D/Dª MARIA ANTONIA REY EIBE

ISABEL OLMOS PARES

JOSE Mª CABANAS GANCEDO

En A CORUÑA, a veinticinco de Mayo de dos mil once.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000276 /2011, formalizado por el/la D/Dª PEDRO BLANCO LOBEIRAS, Letrado, en nombre y representación de Violeta , y la Letrada BELEN LAREDO LODEIRO en nombre y representación de la FUNDACION USC DEPORTIVA contra la sentencia número / dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DEMANDA 0000309 /2010, seguidos a instancia de Violeta frente a FUNDACION USC DEPORTIVA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/MARIA ANTONIA REY EIBE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Violeta presentó demanda contra FUNDACION USC DEPORTIVA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha cuatro de Octubre de dos mil diez

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Da Violeta , prestó servicios con la categoría de Administrativa, categoría 2, nivel 1, para la empresa FUNDACION USO DEPORTIVA, con una antigüedad desde el 1/06/08, en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indefinido y a tiempo completo, y con un salario mensual de 1.758,99 euros, con inclusión de las pagas extras.

SEGUNDO.- Estando la entidad demandada en pleno proceso de elecciones sindicales, con fecha 25.01.10 a las 12,30 horas, se constituye la Mesa y se inicia el periodo de exposición del censo electoral, el día 26.01.10 termina el plaza de exposición del censo electoral y se inicia el periodo de reclamaciones al mismo a las 20,00 horas, el día 27.01.2010 a las 13,00 horas termina el plaza de reclamación al censo y se inicia el periodo de presentación de candidaturas, el 29.01.10 a las 21,00 horas termina el plaza de presentación de candidaturas y se inicia el periodo de reclamación a las mismas, Con fecha 1.02.10 a las 19,00 hs termina el plaza de reclamación a las candidaturas y con fecha 3.02.10 de 12,00 hasta las 16,00 horas se llevó a cabo la votación, escrutinio y proclamación de los candidatos elegidos. Una vez iniciado el primer proceso electoral, los tres sindicatos que participaban en las elecciones sindicales presentaron con fecha 29.01.10 las candidaturas, así CCOO presentó un candidato, UGT 2 candidatos(aunque constan borrados con tipex los otros candidatos que constaban) y por la CIG se presenta un candidato (el otro también aparece borrado con tipex).

TERCERO.- Con fecha 25.01.10, se solicita por un trabajador en representación del Sindicato CCOO la rectificación del censo electoral indicando con claridad quienes son electores y elegibles, Con fecha 1.02.10 D. Eulalio , coma representante de la Central Sindical CCOO, impugna el proceso electoral, interesando que se dicte laudo por el cuál se confeccione otro censo electoral, en el cual se identifique en el censo a electores y elegibles. Con fecha 10.02.10 se dicta laudo arbitral por el cual se acuerda estimar la impugnación formulada y retrotrayendo el proceso electoral al momento en que la Mesa, con los datos contenidos en el censo entregado por la empresa en la fecha de constitución de la mesa, se determine -el censo electoral clarificando los electores y elegibles

CUARTO.- En el segundo proceso electoral con fecha 22.02.10 a las 13,44 se presentó por la CIG dos candidatos, par el sindicato UGT a las 18,55 hs se presentaron 3 candidatos, uno de ellos la actora. Da Violeta , firmando la candidatura para presentarse par UGT, el mismo día en que fue objeto de **despido**, pero siendo presentada su candidatura con posterioridad al mismo.

CUARTO.- Con fecha 22.2.10 a las 14,30 horas, se procedió al **despido disciplinario** de la actora par la entidad demandada, se le remitió una carta en virtud de la cual, se le comunicaba su cese par **despido** en los servicios que venía prestando a dicha Fundación, y ello en virtud de los hechos alegados en la carta de **despido** y que en aras de su brevedad damos por reproducidos, remitiéndonos a la misma íntegramente.

QUINTO.- La trabajadora participo en las elecciones sindicales (segundo proceso electoral) saliendo elegida el 24.02.10 en las listas presentadas por dicho sindicato UGT al cual está afiliada con efectos desde el día 2.01.10. La mesa Electoral de la Fundación USC Deportiva con fecha 23.02.10 resuelve admitir a las 16,39 horas como candidatos a representantes sindicales a los candidatos entre los cuales se encuentra la actora.

SEXTO.- Con fecha 23.02.10 a las 18,55 hs, el Gerente de la entidad demandada realiza una reclamación contra la aceptación de la candidatura de la actora en base a que consideraba que había dejado de ser trabajadora de



la empresa con anterioridad a presentar su candidatura. Con fecha 24.02.10 a las 15,44 horas la Mesa Electoral por mayoría resuelve mantener la condición de electora y elegible de la referida trabajadora. Por laudo arbitral de 9.03.10 se desestima la impugnación realizada por el Gerente de la entidad demandada y se declara el derecho de la referida trabajadora a constar en el censo electoral del referido proceso como electora y elegible. Par la entidad demandada se impugno ante la Jurisdicción Social el referido laudo, y par sentencia de este Juzgado de fecha 6.05.10 se desatino la demanda de impugnación del laudo arbitral en materia electoral y se confirmo el laudo arbitral de fecha 9.03.10.

SEPTIMO El 8.03.10 se formuló papeleta de Conciliación Previa ante el SMAC, celebrándose con el resultado de intentada sin efecto.

OCTAVO.- Resulta de aplicación el CC de Instalaciones Deportivas y Gimnasios.

NO VENO.- La trabajadora ostenta en la actualidad la condición de representante legal de los trabajadores.

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

Que estimando en su petición subsidiaria la demanda de **DESPIDO** interpuesta por D/Da Violeta representada por el/la Letrado/a D/Da Pedro Blanco Lobeiras frente a la entidad FUNDACION USC DEPORTIVA, bajo la asistencia letrada de Da Belen Lareo Lodeiro, debo declarar el **despido** IMPROCEDENTE, condenando a la trabajadora a que OPTE en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, entre su readmisión de inmediato en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían antes del **despido**, o bien optar por la extinción de la relación laboral con abono de una indemnización de 6.376,01 euros, correspondientes a 45 días de salario por año de servicio prestado, hasta la fecha del **despido**, y en ambos casos al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del **despido** hasta la de esta sentencia en cuantía de 13.133,12 euros más el haber diario de 58,63 hasta la fecha de su notificación.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por FUNDACION USC DEPORTIVA, Violeta formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL en fecha 21 de enero de 2011.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 23 de mayo de 2011 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que estima en parte la demanda y declara la improcedencia del **despido** de la actora, recurre en suplicación ambas partes demandante y demandada, solicitando primer término con amparo procesal en el art 191,a de la LPL nulidad de actuaciones, denunciando al respecto, la actora infracción del art 24,1 de la CE en relación con el art 81,1 de la LPL , al considerar que debió de haber sido llamada al proceso el "Club Deportivo Universidad de Santiago de Compostela", debiendo la juzgadora de instancia haber concedido el plazo de cuatro días para ampliar la demanda contra el citado club ya que nos encontramos ante un defecto en el modo de proponer la demanda.

La pretensión de la recurrente no se admite, el carácter excepcional de la nulidad de actuaciones requiere la vulneración de preceptos o garantías procesales que hubieran producido efectiva indefensión y hubiese sido precedida de la preceptiva protesta en tiempo y forma, conforme a lo previsto en el art 240 de la LOPJ , de acuerdo con unánime doctrina de suplicación y en línea con el uniforme criterio del Tribunal Constitucional, al señalar que no existe indefensión cuando "no se llega a producir un efectivo y real menoscabo del derecho a la defensa y tampoco cuando "ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos", por lo que no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de las normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la imposibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado, de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquella resulte imputable su propia conducta.

Y en el caso que nos ocupa el demandante interpuso la demanda únicamente contra la empleadora "Fundación USC deportiva", no contra otras entidades que podían guardar relación con el procedimiento, cuando ya en el escrito de demanda solicitaba la antigüedad de 6-9-01, más la antigüedad que se postula en el escrito de demanda no se rechaza exclusivamente, como sostiene el recurrente por no haberse dirigido la demanda contra dicha entidad, en ningún momento se aprecia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario,



sino que como razona la juzgadora de instancia en la resolución impugnada, analizando la prueba documental aportada en concreto los recibos de salarios demuestran que la antigüedad es la reconocida en la sentencia, y además la actora, firmó en fecha 1-6-2008 un recibo de saldo y finiquito por fin de contrato, por el cual se hallaba saldada, y finiquitada por todos los conceptos sin tener nada más que pedir ni reclamar a la empresa club Deportivo Universidad, y percibiendo la suma de 6.855 en concepto de indemnización que le correspondía.

SEGUNDO .- Solicita asimismo nulidad de actuaciones la empresa demandada, solicitando se repongan los autos al estado en el se encontraban en el momento de haberse infringido las normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, por entender que en la sentencia objeto del presente recurso no se recoge ninguno de los hechos invocados en la carta de **despido**, si bien en la fundamentación jurídica de la misma se hace constar que del relato de hechos probados, no se desprende de la conducta de la trabajadora un grado de responsabilidad culpable suficiente como para que pueda ser objeto de **despido disciplinario**, considerando que le causa indefensión por cuanto no puede solicitar la revisión del pronunciamiento por infracción de la norma legal sobre la relación de hechos probados de la sentencia .

Pretensión inacogible, pues siguiendo la pauta marcada por la jurisprudencia corresponde al Tribunal la determinación sobre la suficiencia o insuficiencia de los hechos probados por el juzgador "a quo", en el apartado correspondiente de la sentencia recurrida, sin perjuicio claro está, de que pueda ser acusada por la parte interesada, más no por la vía del apartado a), sino por el cauce procesal del apartado b) ambos del art 191 de la LPL , pudiendo por este medio y a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, la revisión de las circunstancias y extremos que se interesen, pues no hay que olvidar lo dicho sobre que no es invocable la infracción procedimental si la parte no interesa corregir la hipotética indefensión que pueda causar; como tampoco puede omitirse que la nulidad de actuaciones es un recurso excepcional y admisible, tan solo cuando sea imposible dictar sentencia cabal sobre la cuestión planteada, por la notoria conmovición procedimental que supone, tanto para las partes como para los principios de celeridad y economía procesal que informan nuestro sistema. Cuando a mayor abundamiento en el caso que nos ocupa se detallan en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada datos de indudable valor fáctico.

A igual conclusión se llega en relación con la nulidad solicitada en cuanto a que en la relación de hechos probados de la sentencia no se ha hecho constar que la demandada USC deportiva, no le constaba que la actora estuviese afiliada un sindicato, por cuanto que tal extremo aparece perfectamente razonado en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada.

TERCERO .- Con amparo procesal en el art 191,b de la LPL solicita la demandante recurrente revisión de hechos probados en concreto del hecho primero de prueba.

La revisión no se acepta, pues el recurso de suplicación es un recurso extraordinario, y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor probatoria llevada a cabo por el magistrado de instancia, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias en tanto que tales pruebas, documentos y pericias evidencien por si mismo el error sufrido en la instancia de manera que, por ello, a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente, hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un medio hábil revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así S TSJ Galicia, 3-3-00, 14-4-00, 12-4-0-02, entre otras). Y en el supuesto de autos, la revisión que propone el recurrente no se infiere por si solo de los documentos que cita obrantes a la causa los folios 201, 211 a 212, y que por obedecer a criterios interpretativos ha de tener su análisis a través de la denuncia jurídica; al igual que la revisión que solicita en relación a un nuevo hecho primero bis).

A igual conclusión se llega en relación a la adicción del primero ter), en el que el recurrente se fundamenta en dos correos electrónicos los cuales carecen del valor de documento hábil a los efectos revisorios, así como los documentos en los que se ampara para la revisión del hecho segundo bis) por cuanto que se trata de un documento en el que no aparece presentado en ningún registro publico y en el que se acredite sin lugar a error la fecha de su elaboración, ante el contenido que a dicho ordinal le ha conferido la juzgadora de instancia teniendo en cuenta la restante prueba practicada; solicitando finalmente en cuanto al hecho segundo de prueba una adición que se ampara en el documento unido a la causa al folio 423, ingreso hospitalario de la actora y en el que fundamenta en base a dicho motivo que decidió no presentarse al primer proceso electoral, al tratarse de un hecho totalmente valorativo, y que ninguna trascendencia tiene para la solución de la cuestión debatida.

Finalmente solicita la demandante recurrente la adicción de un párrafo al hecho tercero y cuarto en los términos que propone en el escrito de recurso y no pueden ser admitidos al ampararse en documental consistente



en correos electrónicos, que además ya han sido analizados por la juzgadora de instancia en la resolución recurrida.

CUARTO.- En sede jurídica, y con amparo procesal en el art 191,c de la LPL denuncia la demandante infracción por inaplicación del art 55,5 del ET y arts 108,2 y 179,2 de la LPL. Sostiene dicha recurrente que el **despido** ha de considerarse "nulo" por cuanto que la extinción de la relación laboral de la actora es consecuencia inmediata de la actividad sindical desarrollada tendente a la promoción de elecciones sindicales como mecanismo para hacer frente a problemas que estaban teniendo en la empresa, así como el coartar e impedir que la misma pudiese participar y ser elegida como representante legal de los trabajadores, y por contra ningún hecho se contiene en la sentencia de instancia en cuanto a la realidad de los hechos que se contiene en la carta de **despido** que se le imputan a la trabajadora.

La censura jurídica que se denuncia no se admite, es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional, por todas, sentencia de 5 de junio de 2006 que ha declarado que "Desde nuestra temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre , hemos venido subrayando que el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) comprende, en su vertiente colectiva, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3 ; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3 ; 94/1995, de 16 de junio, FJ 2 ; y 145/1999, de 22 de julio , FJ 3). Y que, asimismo, como recordábamos en la STC 17/2005, de 1 de febrero , FJ 2, este derecho garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa implican una "garantía de indemnidad", que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y de sus representantes en relación con el resto de aquellos (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 5 ; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 3 ; 173/2001, de 26 de julio, FJ 5 ; y 79/2004, de 5 de mayo , FJ 3).

Para analizar la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical en los términos definidos, debemos afirmar una vez más la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba en orden a garantizar este derecho frente a posibles actuaciones empresariales que puedan lesionarlo. Como recordábamos en la STC 29/2002, de 11 de febrero , FJ 3, sistematizando y resumiendo nuestra reiterada doctrina anterior, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario, bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar 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, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Bajo estas premisas ha venido aplicando nuestra jurisprudencia la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 2 y 3; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3 ; y 136/1996, de 23 de julio , FJ 6).

Por ello, hemos señalado la necesidad de que el trabajador aporte 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 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 ; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3 ; 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2 ; 180/1994, de 20 de junio, FJ 2 ; 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 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 dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio , FJ 4). La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del 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 ; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2 ; y 29/2002, de 11 de febrero , FJ 3, por todas)".

En el caso que nos ocupa, como a tal efecto se constata en el relato fáctico de la resolución impugnada, la actora fue despedida el 22-2-10, con anterioridad a la presentación de su candidatura en el proceso electoral, si bien el mismo día, la candidatura se presentó a las 18 :45 horas y el **despido** se produjo a las 13.44 horas, y la actora estaba afiliada al sindicato UGT desde el día 2-1-10 (la mesa electoral admitió como candidatos a representantes sindicales a los candidatos entre los que se encontraba la actora, el 23-2-10). Constatándose en la resolución impugnada que a la empresa no le constaba el pago de la cuota sindical, ni que tuviera conocimiento de que estaba afiliada un sindicato, antes del proceso electoral, y que en consecuencia, valorando la prueba documental y testifical practicada que la empresa no conocía la intención de la actora de presentarse a las elecciones sindicales hasta el momento de la presentación de las candidaturas, razón por la cual considera que la actora no aportó indicios que permitan presumir que su **despido** obedece a su actividad sindical. Y esta conclusión a la que llegó la juzgadora de instancia no resulta desvirtuada a través del recurso, pues en efecto a la empresa no le constaba la afiliación de la actora al sindicato, lo que se produjo apenas un mes antes del **despido** ni se desvirtúa el hecho de que la empresa conociese la intención de concurrir en las elecciones sindicales, máximo como acontece en el caso que nos ocupa que con anterioridad a este proceso existió un proceso anterior al que se refiere el hecho probado 2º en fecha 25-1-10, que fue objeto de anulación por la autoridad laboral y en el que la actora no presentó candidatura.

Y frente a ello la empresa remitió carta de **despido**, que con independencia de los hechos contenidos y que se analizarán en el siguiente motivo de recurso, se presentan ajenos a cualquier móvil discriminatorio.

QUINTO .- Denuncia la empresa recurrente con amparo procesal en el art 191,c de la LPL infracción del art 54,2b) del ET . Sostiene dicha demandada que la sentencia de instancia declara probados al menos parcialmente los hechos contenidos en la carta de **despido**, así recoge que la trabajadora mantuvo una actitud hostil cara a la gerente de la fundación incumpliendo el deber de informar de sus gestiones dando cuenta de las mismas y negándole la información en las áreas que tenía encomendadas, no enviando los informes periódicos semanales por escrito que le eran solicitados, no consignando las llamadas telefónicas ni la causa de las mismas y en tales hechos concurren las notas de gravedad y culpabilidad suficiente que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo para ser sancionados con el **despido**, estando tales hechos tipificados en el art 54,2 b) del ET .

La censura jurídica que se denuncia no se admite, pues si bien la juzgadora de instancia como se infiere en la resolución impugnada no considera probado los hechos que se denuncian en relación con el acoso laboral, si considera probados los restantes hechos contenidos en la carta de **despido** más valorándolos conjuntamente no los considera de la gravedad suficiente para ser constitutivos de **despido**, Y tal argumentación no es compartida en su totalidad por la sala por cuanto que con independencia de los datos que se contienen en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada con datos de evidente valor fáctico, la carta de **despido** adolece en su redacción de vicios formales debido a su falta de concreción que han de determinar la declaración de improcedencia, a excepción de la imputación consistente en que "La actora no envió los informes periódicos semanales por escrito que le fueron solicitados verbalmente el 1 de febrero de 2010, en consonancia con el escrito entregado ese mismo día y de fecha de 27 de enero de 2010", dicho hecho por si solo no puede conducir a la conclusión que pretende la empresa demandada; por lo que procede la declaración de improcedencia del **despido**, ratificando por este motivo, la resolución impugnada.

SEXTO .-Con idéntico amparo procesal en el art 191,c de la LPL denuncia la empresa recurrente infracción del art 54 y 56,1 del ET, 2 y 4 del ET así como de la jurisprudencia que cita en el escrito de recurso. Sostiene la recurrente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo solo otorga el derecho de opción a los trabajadores que ya habían sido proclamados candidatos en el momento de ser despedidos, circunstancia que no concurre en el presente caso, donde la presentación de la candidatura de la actora al proceso electoral y su proclamación como candidata es posterior a su **despido**; en contra de lo acordado por la juzgadora de instancia que considera que la facultad de opción de los representantes legales de los trabajadores como garantía ha de extenderse también a los proclamados candidatos que fueron despedidos.

Así las cosas, conviene recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre a quien corresponde la opción por la rescisión contractual indemnizada o la readmisión que establece el art. 56.4 del Estatuto de los Trabajadores , cuando se trata del **despido** improcedente de un representante de los trabajadores que es elegido como tal tras su cese en el trabajo. Esa doctrina se contiene, principalmente, en nuestras sentencias de 22 de diciembre de 1989 ; 20 de junio de 2000 (R.3407/99) ; 30 de octubre de 2000 (R.659/00) y 2 de diciembre de 2005 (R-6380/03). En la primera de las sentencias citadas señalamos: " aunque el art. 56.3 del ET se refiere a la facultad de opción de los representantes legales de los trabajadores, tal garantía debe extenderse a los proclamados candidatos que fueron despedidos apresuradamente días antes de las elecciones, sin



base alguna para ello, y siendo elegidos en dichas elecciones. Interpretando conforme a la realidad social (art. 3 del Código Civil) que la expresión "representantes legales de los trabajadores" debe comprender a los candidatos proclamados a las elecciones que fueron elegidos en nuestro caso, pues una interpretación restrictiva pudiera llevar a un fraude de ley tendente a evitar acceso a la condición de representantes de quienes fueron elegidos en elecciones regularmente celebradas ". Tal doctrina fue aceptada por la sentencia citada en segundo lugar que añadió: "En la misma línea interpretativa sobre el alcance de las garantías frente al **despido**, aunque referido a un supuesto de nulidad radical por discriminación, el Tribunal Constitucional en su STC 38/1981 de 23-XI , declaró que " la no inclusión en la literalidad de los preceptos reguladores actualmente de las garantías sindicales de aquellos que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores, no es obstáculo a la protección frente a **despidos** discriminatorios, pues, además de que... alcanza a todos los trabajadores, recaba una especial atención cuando los actos que se denuncian como discriminatorios afectan a los candidatos en curso el proceso electoral y se les imputa propósitos de interferir decisivamente en la libre dotación de la representación obrera. Tal es, por otra parte, el contenido de la Recomendación OIT -143 (III, 7. 1)-, complementaria - con el valor que... tienen las Recomendaciones- del Convenio OIT -135 - .

"En suma, en interpretación coordinada del art. 56.4 ET con la jurisprudencia expuesta, es dable concluir que el derecho de opción ex art. 56.4 ET entre la readmisión y la indemnización en el concreto supuesto de **despido** declarado judicialmente improcedente, como regla, corresponde a quien en el momento del **despido** fuera " un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical " e, igualmente, al presentado o proclamado como candidato a la elección o al nombramiento de representante de los trabajadores."

En el caso que nos ocupa no está incluido directamente en la doctrina reseñada porque la trabajadora al tiempo de su **despido** no había sido presentada, ni proclamada, formalmente como candidata a representante de sus compañeros, como a tal efecto se constata en el hecho cuarto de prueba Y en este sentido es de destacar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 28-12-2010 , que señala y concreta que " la protección que el art. 56.4 del E.T . da a los representantes de los trabajadores cubre también a aquellos empleados cuya candidatura electoral no se haya presentado formalmente antes de su **despido**, siempre que el proceso electoral este iniciado, la empresa conozca su condición de candidato y haya resultado elegido tras el cese, La razón que apoya esta solución es la misma que funda la protección del candidato proclamando o presentado si a estos se les protege para evitar las injerencias de la empresa en el proceso electoral iniciado, cuando ella conoce su condición de candidatos, también debe protegerse al candidato que aunque no ha sido presentado formalmente, la empresa conoce que lo va a ser. La identidad de razón lleva a aplicar la misma regla para evitar injerencias empresariales en el proceso electoral, siempre, claro esta, que el proceso electoral se haya iniciado y que el candidato haya resultado elegido. Conviene destacar que esta doctrina es aplicable a los supuestos de declaración judicial de **despido** improcedente, esto es cuando ya se ha descartado la existencia de un móvil sindical o discriminatorio".

Y visto el inalterado relato de la sentencia de instancia y de los datos que se contienen en la fundamentación jurídica con valor fáctico y en virtud de los cuales la sentencia de instancia llegó a la conclusión tras valorar en conjunto la prueba practicada de conformidad con las reglas de la sana crítica que la empresa no conía la afiliación de la actora al sindicato ni que se había presentado como candidata al proceso electoral antes del **despido**, en base a lo cual desestima la nulidad del **despido**, es precisamente en base a tal argumento lo que ha de servir para declarar que no procede la opción a favor de la actora por cuanto que la empresa no conocía su condición de candidata y a la que la sentencia del alto tribunal señalada extiende la garantía de la opción al presentado como candidato, siempre que concorra tal circunstancia, por lo que dicho motivo ha de ser estimado.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que Estimando en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "Fundación USC Deportiva " contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social Número Uno de Santiago de Compostela de fecha 4 de octubre de 2010 , debemos declarar que la opción entre la readmisión de la actora en su puesto de trabajo o la indemnización que se recoge en la parte dispositiva de la sentencia corresponde a la empresa, confirmando íntegramente los restantes pronunciamientos contenidos en la resolución recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de



acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral . Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 300 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 35 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ