



Roj: **SAN 549/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:549**

Id Cendoj: **28079240012019100030**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2019**

Nº de Recurso: **7/2019**

Nº de Resolución: **25/2019**

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00025/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 25/2019

Fecha de Juicio: 19/2/2019 a las 09:30

Fecha Sentencia: 21/02/2019

Tipo y núm. Procedimiento: DERECHOS FUNDAMENTALES 0000007/2019

Materia: TUTELA DCHOS.FUND.

Ponente: RICARDO BODAS MARTÍN

Demandante: CGT

Demandados: SALES LAND SL, MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia: *Se denuncia, por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, que la negativa de la empresa, a que el sindicato demandante nombre una tercera delegada LOLS, vulneró el derecho a la libertad sindical del sindicato. - Se estima dicha pretensión, porque se acreditó que la empresa emplea a más de 2000 trabajadores y el sindicato demandante acreditó la constitución de una sección sindical de empresa, así como una audiencia electoral superior al 10%, siendo irrelevante que solo acredite representantes en un solo centro de trabajo, porque no lo requiere la LOLS. - Se descarta, en todo caso, que la sección sindical fuera de unidad productiva, como defendió la empresa demandada, porque ni está previsto en la LOLS, ni el ET le da ningún papel en materia electoral. - Se atempera la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios, porque el agravio se produjo durante un período corto.*

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:



Equipo/usuario: MMM

NIG: 28079 24 4 2019 0000007

Modelo: ANS105 SENTENCIA

DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000007 /2019

Procedimiento de origen: /

Sobre: TUTELA DCHOS.FUND.

Ponente Ilmo. Sr.: RICARDO BODAS MARTÍN

SENTENCIA 25/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veintiuno de febrero de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento DERECHOS FUNDAMENTALES 0000007/2019 seguido por demanda de CGT (con representación Marcos) contra SALESLAND SL (Letrado D. Jorge Juan Gándara Maeztu) y MINISTERIO FISCAL sobre TUTELA DCHOS.FUNDAMENTALES. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 16 de enero de 2019 se presentó demanda por CGT contra SALESLAND SL sobre TUTELA DCHOS.FUNDAMENTALES.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 19/2/2019 a las 09:30 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto de juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto .- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde aquí) ratificó su demanda de tutela de derechos fundamentales, mediante la cual pretende se declare la existencia de la vulneración de su derecho a la libertad sindical, así como la nulidad radical de la conducta de la empresa, consistente en negar los derechos y garantías previstos en el artículo 10 de la LOLS a los tres Delegados Sindicales de la sección sindical nombrados por la sección sindical Estatal y condene a SALESLAND S.L al cese automático de su actuación y en consecuencia reconozca los derechos y garantía del art. 10 de la LOLS a dichos Delegados, condenándola asimismo al pago de 6.250 euros por daños morales, así como demás efectos que en derecho procedan.

Apoyó su pretensión en que acredita 5 de los 25 representantes unitarios de la empresa, la cual emplea a más de 2000 trabajadores y sin embargo le niega, pese a que le ha reconocido una sección sindical de empresa, el tercer delegado sindical, vulnerando, por consiguiente, lo dispuesto en el art. 10 LOLS .

SALESLAND, SL se opuso a la demanda, destacando, en primer lugar, que su actividad originaria fue la de ventas directas, aunque en 2010 comenzó a realizar también actividades de telemarketing, tratándose, por tanto, de actividades totalmente diferenciadas.



Informó, que los trabajadores, adscritos a la actividad de telemarketing, regulan sus relaciones laborales por el convenio de Contact Center, mientras que los de venta directa lo hacen por el Convenio Estatal de Promociones, Degustación y Merchandising, así como por un acuerdo de empresa, alcanzado en período de consultas de una MSCT.

Informó también, que las dos actividades de la empresa están organizadas de manera diferenciada y advirtió que, la actividad de Contact Center no es, ni siquiera, la actividad de la empresa, como revela el número de trabajadores, encuadrados en una u otra actividad. - Así en 2017, 899 se dedicaban a Contact Center frente a 1.129 dedicados a promoción de ventas; en 2018, 1.093 y 1.136 respectivamente y en 2019, 1.119 y 1.022 respectivamente.

Subrayó que se han hecho elecciones únicamente en los centros de Madrid y Sevilla dedicados a la actividad de Contact Center. - Admitió, no obstante, que CGT promovió elecciones en la actividad de promociones, aunque desistió de dicha promoción.

CGT obtuvo 5 de los 21 representantes del centro de Madrid y carece de cualquier representación en los demás centros de trabajo de la empresa, siendo revelador que, en las elecciones, celebradas en 2015, obtuvo 72 votos, mientras que en las de 2018 alcanzó 137 votos.

Admitió que CGT tiene una sección sindical estatal, que ha sido reconocida por la empresa, si bien su constitución de promovió por el Sindicato Federal de Telemarketing de CGT.

Sostuvo, por tanto, que CGT no tenía derecho a un tercer delegado, por cuanto su audiencia electoral se limitaba a una sola provincia, siendo así que lo relevante no era el número de representantes elegidos, sino el número de votos obtenidos.

Defendió finalmente que, de estimarse la demanda, se atemperara la indemnización solicitada.

El MINISTERIO FISCAL interesó la estimación de la demanda, por cuanto la audiencia electoral, exigida para el nombramiento de delegados sindicales, era el centro de trabajo o la empresa, correspondiendo a la sección sindical organizarse autónomamente a nivel de centro o de empresa. -Por consiguiente, como CGT optó por la sección sindical de empresa, tiene derecho al número de delegados solicitado, una vez acreditado que la empresa tiene más de 2000 trabajadores, siendo irrelevante que la empresa se ocupe de diferentes actividades o se organice en unidades productivas diferenciadas.

Quinto . - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

Hechos Controvertidos:

- La empresa originariamente inició su actividad en ventas directas, en 2010 desplegó actividad de telemarketing.
- Se aplica el convenio de contact center al personal del contact center y el convenio de promoción, degustación y merchandising al personal de promoción y un acuerdo alcanzado en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo.
- Las dos actividades se organizan de forma diferenciada y autónoma.
- En 2017 había 899 trabajadores de contact center, 1129 de promoción en 2018, 1093 contact center, 1136 promoción en 2019, 1119 contact center, 1022 promoción.
- Solo se han celebrado elecciones en los centros de Madrid y Sevilla, dedicados a contact center.
- CGT promovió preaviso de elecciones en Madrid aunque desistió posteriormente.
- Hay 21 representantes de trabajadores en Madrid y 5 en Sevilla, CGT obtuvo 5 representantes en Madrid aunque dos de ellos se han dado de baja.
- En las elecciones CGT obtuvo en 2015: 72 votos, en 2018: 137 votos.
- El sector federal de telemarketing de CGT comunicó constitución de sección sindical estatal.
- Se discute indemnización.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - CGT es un sindicato de ámbito estatal, implantado en la empresa SALESLAND, SL.



SEGUNDO . - La empresa citada se dedica a la actividad de agencias de publicidad y viene regulando las relaciones laborales del personal, adscrito a dicha actividad, por el Convenio Colectivo para las Empresas de Promoción, Degustación, Merchandising y Distribución de Muestras, publicado en el BOE de 17-05-1988. - El 14-02-2014 se alcanzó acuerdo entre la empresa y una comisión ad hoc, elegida para la negociación de un período de consultas para tratar sobre la modificación de condiciones de trabajo, cuya acta final obra en autos y se tiene por reproducida.

TERCERO . - La empresa demandada se dedica también a la actividad de Contact Center. - Los trabajadores, dedicados a dicha actividad, regulan sus relaciones laborales por el II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (antes telemarketing) publicado por medio de la Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo.

CUARTO . - SALESLAND, SL ha dado de alta dos códigos de cuenta de cotización, diferenciados por actividad.

En 2017 se dedicaban a la actividad de Contact Center 899 trabajadores y 1.129 a la actividad de agencias de publicidad. - En 2018 pasaron a 1.093 (Contact Center) y 1.136 (Agencias de Publicidad) y en 2019, 1.119 (CC) y 1.022 (AP).

QUINTO . - El 16-01-2015 se promovieron elecciones sindicales en el centro de la C/San Sotero 3 de Madrid. - El 15-04-2015 se celebraron las elecciones, en las que UGT obtuvo 140 votos; CCOO, 94 y CGT, 72, lo que arrojó el resultado siguiente: 6 delegados (UGT); 4 delegados (CCOO) y 3 delegados (CGT).

El 21-05-2018 se promovieron nuevas elecciones en dicho centro, al incrementarse su plantilla, que se celebraron el 19-07-2018. - UGT obtuvo 167 votos y 3 delegados; CCOO, 156 votos y 3 delegados y CGT 137 votos y 2 delegados.

El 5-12-2018 dos de los vocales de la CGT comunicaron a la empresa y a la CAM su decisión de renunciar a su condición de afiliadas a CGT, aunque decidieron mantenerse en el comité.

El 19-05-2017 se celebraron elecciones en el centro de trabajo, sito en Avenida de San Francisco Javier 20 de Sevilla, donde solo presentó candidatura CCOO, quien obtuvo 34 votos y 1 delegado.

SEXTO . - El 26-06-2018 CGT preavisó elecciones en el centro de la calle Albasanz 46 de Madrid, aunque desistió de dicha promoción el 20-07-2018.

SÉPTIMO . - El 21-06-2018 el Sector Federal de Telemarketing de CGT notificó a la empresa su decisión de constituir una sección sindical de empresa.

OCTAVO . - El 5-12-2018 CGT reclamó a la empresa el nombramiento de una tercera delegada sindical LOLS

El 10-12-2018 la empresa contestó lo siguiente:

"A LA SECCIÓN SINDICAL ESTATAL CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJADOR -SECTOR FEDERAL DE TELEMARKETING

Att.- Lidia .

En Madrid, a 10 de diciembre de 2018

En respuesta a su comunicado fechado a 5 de diciembre de 2018, con relación al nombramiento de la delegada sindical, en virtud del número de trabajadores de la Empresa que indica en más de 2.000, cifra inexacta e indeterminada, que impide acreditar la veracidad de su solicitud. En cualquier caso, esta parte efectúa las siguientes manifestaciones:

MANIFESTACIONES:

1.- Como bien sabe, las últimas elecciones sindicales en la Empresa, se realizaron en fecha 19.07.2018 con el fin de ampliar el Comité de Empresa existente dentro la unidad productiva de SALESLAND, S.L., dedicada a Contact Center y para el Código de Cuenta de Cotización que representa esta actividad en Madrid, con número 28185483794. De tal modo, el censo definitivo quedó limitado a los trabajadores que se encuentran sujetos a esta actividad y bajo este Código de Cuenta de Cotización. El número de electores o votantes, como muy bien conocen, ascienden a 878.

2.- El artículo 10.2 de la LOLS , establece que, el número de delegados sindicales por cada sección sindical de los sindicatos que hayan obtenido el 10% de los votos en la elección al Comité de Empresa o al órgano de representación en las Administraciones públicas se determinará según la siguiente escala:

De 250 a 750 trabajadores: Uno.

De 751 a 2.000 trabajadores: Dos.



De 2.001 a 5.000 trabajadores: Tres.

De 5.001 en adelante: Cuatro.

3.- Que, en julio de 2018 por parte de la sección sindical a la que ahora me dirijo, informo a esta parte de su intención de nombrar tres delegados sindicales en base a similares argumentos. A dicha notificación, esta parte se opuso por cuestiones similares a las aquí indicadas, procediendo en consecuencia la Sección Sindical Estatal de CGT a nombrar a dos Delegados Sindicales (Luis y Montserrat).

4.- Que en base a lo anterior, hemos de oponernos al comunicado entregado por la Sección Sindical Estatal de CGT y dejar constancia que esta parte no reconoce la ampliación a 3 delegados sindicales en base a la Ley Orgánica de Libertad Sindical, por cuanto la unidad productiva de la empresa referida a Contact Center no alcanza 2.000 trabajadores, siendo el número muy inferior, tanto en el ámbito provincial como estatal, encontrándose, por tanto, de conformidad con la escala del artículo 10.2 el número máximo de delegados LOLS en dos, como hasta la fecha tenían nombrados.

Que, por lo anterior,

SE INDICA A LA SECCIÓN SINDICAL ESTATAL CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJADOR - SECTOR FEDERAL DE TELEMARKETING, que esta parte no reconoce el nombramiento de Doña Lidia como representante sindical por no cumplir con los requisitos legalmente establecidos para ello" .

El 10-12-2018 CGT volvió a requerir a la empresa, mediante comunicación, que obra en autos y se tiene por reproducida, en la que subrayó que la comunicación de la empresa del 10 de diciembre de 2018 atenta claramente nuestros derechos y nos produce un perjuicio irreparable por su negativa a reconocer los derechos que tenemos y el correspondiente crédito horario de nuestra delegada Lidia .

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, f de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

a. - Los hechos primero y tercero no fueron controvertidos.

b. - El segundo del BOE citado, así como del acta, que puso fin con acuerdo al período de consultas, que obra como documento 10 de la empresa (descripción 76 de autos), que tiene pleno crédito para la Sala, aunque no se reconociera por CGT, quien se limitó a desconocerlo, sin cuestionar su autenticidad. - La aplicación del convenio mencionado al personal dedicado a la actividad de agencias de publicidad se deduce de los documentos 14, 15 y 20 a 26 de la empresa (descripciones 80, 81 y 64 a 70 de autos), que contienen contratos de trabajo y sentencias, que reflejan la aplicación del convenio antes dicho, siendo irrelevante que no se reconociera por CGT, quien, una vez más, se limitó a desconocerlas.

c. - El cuarto de los documentos 12, 13 y 29 a 55 de la empresa (descripciones 78, 79, 31 a 35, 42 a 47 y 51 a 59 de autos), que contienen las resoluciones de la TGSS y los VILEM de los diferentes centros de trabajo, que tienen pleno crédito para la Sala, aunque CGT reconociera únicamente el 51 (VILEM del centro de Barcelona), por cuanto se trata de documentos públicos, que gozan de pleno valor probatorio, a tenor con los arts. 317 y 319 LEC .

d. - El quinto de los documentos 3, 4, 7 a 9 y 11 de la empresa (descripciones 18, 19, 22 a 75 y 77 de autos), que contienen los preavisos electorales, las actas de la elección y el desistimiento de dos de los vocales de CGT, quien desconoció nuevamente los documentos, que tienen pleno valor probatorio para la Sala.

e. - El sexto del preaviso y desistimiento mencionados, que obran como documentos 5 y 6 de la demandada (descripciones 20 y 21 de autos), que fueron desconocidos también por CGT, aunque se trata de documentos de dicha central.

f. - El séptimo de la comunicación mencionada, que obra como documento 1 de CGT (descripción 87 de autos), que fue reconocida de contrario.

g. - El octavo de los documentos 2 y 4 de CGT (descripciones 87 y 90 de autos), que fueron reconocidos de contrario.



TERCERO . - CGT denuncia que, la negativa de la empresa a nombrar una tercera delegada LOLS conculca gravemente su derecho a la libertad sindical, asegurado por los arts. 7 y 28, 1 CE , en relación con el art. 10 LOLS . - El MINISTERIO FISCAL apoyó la pretensión actora.

SALESLAND, SL, como adelantamos más arriba, se opuso a dicha pretensión, porque CGT solo acredita representación en la unidad productiva dedicada a la actividad de Contac Center, que no emplea a 2000 trabajadores, por lo que no le corresponden tres sino dos delegados LOLS. - Subrayó, además, que CGT está presente únicamente en un centro de trabajo de Madrid y no obtuvo, además, el 10% de los votos, que es el requisito constitutivo para el nombramiento de más de un delegado LOLS, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 LOLS .

El art. 10.1 y 2 LOLS dice lo siguiente:

1. En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las Secciones Sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo.

2. Bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados establecidos en la escala a la que hace referencia este apartado, que atendiendo a la plantilla de la empresa o, en su caso, de los centros de trabajo corresponden a cada uno de éstos.

A falta de acuerdos específicos al respecto, el número de delegados sindicales por cada sección sindical de los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 de los votos en la elección al Comité de Empresa o al órgano de representación en las Administraciones públicas se determinará según la siguiente escala:

De 250 a 750 trabajadores: Uno.

De 751 a 2.000 trabajadores: Dos.

De 2.001 a 5.000 trabajadores: Tres.

De 5.001 en adelante: Cuatro.

Las Secciones Sindicales de aquellos sindicatos que no hayan obtenido el 10 por 100 de los votos estarán representadas por un solo delegado sindical .

La ambigüedad, contenida en el apartado 1, en el que se habla de empresas o, en su caso, centros de trabajo que ocupen más de 250 trabajadores, ha dado lugar a múltiples vaivenes en la jurisprudencia, que se sintetizaron en STS 21-06-2016, rec. 182/15 , donde se vino a sostener lo siguiente:

Primera fase . - En una fase inicial nuestra doctrina se inclinó por considerar que sí era posible tomar como referencia la empresa en su conjunto para cumplir el requisito de ese número de trabajadores -más de 250- necesario para poder tener Delegados Sindicales de los contemplados en la LOLS. Así, por ejemplo, se afirma en las SSTS 15 julio 1996 y 28 noviembre 1997 (rec. 3432/1995 y 1092/1997). La segunda de ellas sostiene que puede designar delegado sindical conforme a la LOLS un sindicato que tiene presencia en un comité, pese a que la empresa no alcanza los 250 trabajadores en ningún centro y sí en el sumatorio total:

"... la reiterada Ley Orgánica de 2 de agosto de 1985, configura la constitución de la sección sindical con carácter alternativo en la empresa o en el centro de trabajo, opción ésta que corresponde al sindicato en el desarrollo de su libertad de organización interna".

Segunda fase . - Matizando esa premisa, en años posteriores se va precisando que la posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo no es algo que queda al arbitrio del Sindicato, sino que ello está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de representación en la empresa. Debe ser el precepto orgánico que desarrolla el derecho fundamental de sindicación, no la posible norma colectiva que llegue a existir en orden a la más acabada configuración de tal derecho, el que sustente la tutela judicial del mismo, sin que, como es obvio, pueda acudir al llamado espiguelo de normas para conseguir la pretendida representación sindical.

La STS de 10 de noviembre de 1998 (rec. 2123/1998), manteniendo criterio semejante a la STS de 21 noviembre 1994 (rec. 3191/1993), abandona expresamente la tesis contenida en las citadas sentencias de 1996 y 1997. Concluye que se ha de vincular el artículo 10.1 LOLS "a los criterios y modos de participación de los trabajadores en la empresa ". La posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo " está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de participación en la empresa; artículo 4.1 g y 61 del Estatuto de los Trabajadores , es decir que hay que atenerse a lo dispuesto en el artículo 63 de este Texto Legal ".



En esta línea, la STS 18 noviembre 2005 (rec. 32/2005) razona que el requisito de 250 trabajadores para que la sección sindical sea representada por un delegado sindical está referido al centro de trabajo. Conforme allí se explica, la posibilidad de optar entre la empresa o el centro de trabajo al efecto de que se trata " no es algo que quede al arbitrio del sindicato, sino que ello está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de participación en la empresa", de modo que habrá de acudir al ámbito de la representación unitaria existente con arreglo a lo que dispone el artículo 63 del Estatuto de los Trabajadores .

En el mismo sentido pueden verse las SSTs 9 de junio de 2005 (recurso 132/2004), 14 de julio de 2006 (recurso 5111/2004), 14 de febrero de 2007 (recurso 4477/2005), 26 de octubre de 2007 (recurso 42/2007) o 14 de marzo de 2014 (rec. 119/2013). La STS 9 junio 2005 (rec. 132/2004) razona así:

"Hay que vincular, el artículo 10-1 de la LOLS a los criterios y modos de participación de los trabajadores en la empresa ; por tanto, si en el caso de autos en las elecciones sindicales celebradas, se eligió, los representantes sindicales en la empresa , por provincias constituyéndose, los respectivos Comités de Empresa , la exigencia del artículo 10-1 de 250 trabajadores a efectos de constituir una Sección Sindical, tiene que venir referido a cada centro de trabajo, y no al conjunto de la empresa ; no cabe, por tanto obviar dicha exigencia, como pretenden los recurrentes, por lo que deben rechazarse sus alegaciones. Como dice el Ministerio Fiscal en su informe si el ámbito electoral fue el provincial, y no el autonómico, no puede acudir ahora a la empresa, entendida como cómputo global, a efectos de constituir una sección sindical, no respetando el criterio seguido para la elección de los órganos unitarios de representación de los trabajadores".

La muy citada STS 24 noviembre 2009 (rec. 36/2009) aplica ese criterio a supuesto de empresa que cuenta en la misma provincia con siete centros de trabajo que, en conjunto, superan los 250 trabajadores y para los que se constituyó el correspondiente Comité de Empresa Conjunto en el que el Sindicato demandante cuenta con seis miembros y le reconoce el derecho a designar delegado sindical conforme a la LOLS.

Tercera fase .- De conformidad con lo expuesto, diversas sentencias insistieron en la idea del paralelismo entre la representación unitaria y la representación sindical, de tal manera que si la representación unitaria toma como referencia el centro de trabajo, la Sección Sindical de Empresa y sus Delegados Sindicales también deben tomar esa referencia y no el conjunto de la empresa; salvo en un caso en que, precisamente, lo que exista sea un Comité de Empresa conjunto de ámbito provincial en cuyo supuesto - claramente excepcional- sí cabe tomar esa referencia superior.

La STS 30 abril 2012 (rec. 47/2011), en doctrina reiterada por STS 14 marzo 2014 (rec. 119/2013), es muy gráfica cuando traslada la doctrina en cuestión a los centros de trabajo de Correos y Telégrafos en la provincia de La Coruña:

"Teniendo en cuenta que el modo de participación de los trabajadores de Correos en el ámbito provincial de referencia en este proceso consiste en un sólo Comité de Empresa compuesto por 21 miembros, es decir, un Comité "conjunto" según expresión del art. 63.2 ET , sin duda porque ninguna de las oficinas o dependencias de la empresa en la provincia de La Coruña [a diferencia de lo que sucedía en el asunto resuelto por la STS 10- 4-2001, R. 1548/200, que, afectando también a Correos, aunque en la provincia de Guipúzcoa, al menos uno de sus centros de trabajo --la oficina Central de San Sebastián-- contaba con más de 250 trabajadores, y probablemente a diferencia también de lo que sucedía en la resolución que reiteró esta misma tesis (TS 13-6-2001, R. 1564/2000)] cuenta con más de 50 trabajadores que integren su censo, parece claro que, en este concreto supuesto, la exigencia de 250 trabajadores que contiene el art. 10.1 LOLS ha de referirse a aquél mismo ámbito provincial, no a cada una de las dependencias u oficinas de Correos ni, por supuesto, al conjunto de la empresa en su dimensión estatal".

Cuarta fase .- Un punto de inflexión surge cuando el Pleno de esta Sala Cuarta aprueba su STS 18 julio 2014 (rec. 91/2013), revisando el criterio que se venía manteniendo por las sentencias anteriores. Considera que la determinación del ámbito de la Sección Sindical corresponde definirlo al propio Sindicato, como facultad de autoorganización interna incluida en el contenido de su derecho fundamental de libertad sindical ex art. 28.1 de la CE . La opción a la que se refiere el artículo 10.1 LOLS entre nombrar delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical.

"En definitiva, corrigiendo nuestra doctrina anterior, declaramos que la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical. Y, si ha optado por el nivel de empresa, la aplicación de la escala del artículo 68 ET para determinar el número de horas sindicales a que tendrá derecho cada Delegado Sindical debe hacerse interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de esa escala es el de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo".



Esta doctrina ha sido ya seguida por diversas sentencias como las de 30 de enero de 2015 (rec. 3221/2013) y 23 septiembre 2015 (rec. 253/2014). En fin, la STS 2 marzo 2016 (rec. 141/2014) no hace expresa aplicación de tal doctrina habida cuenta de las concretas características del litigio suscitado y del enfoque que el sindicato recurrente imprime a su recurso" .

Esta Sala ha mantenido el mismo criterio de manera reiterada, por todas SAN 26-10-2016, proced. 254/16 y 7-11-2016, proced. 257/16 , confirmada por STS 25-01-2018, rec. 30/17 . - Es claro, por tanto, que el ámbito de la sección sindical corresponde decidirlo al sindicato y que, si el sindicato acredita el 10% de los votos en la empresa, tiene derecho a nombrar delegados LOLS en los términos previstos en el art. 10.2 LOLS , aunque solo acredite representantes en uno o algunos de los centros de trabajo de la empresa.

Llegados aquí, debemos recordar algunos extremos que han quedado perfectamente acreditados:

1. - SALESLAND, SL ha dado de alta dos códigos de cuenta de cotización, diferenciados por actividad de Contac Center y agencias de publicidad.
2. - En 2017 se dedicaban a la actividad de Contact Center 899 trabajadores y 1.129 a la actividad de agencias de publicidad. - En 2018 pasaron a 1.093 (Contact Center) y 1.136 (Agencias de Publicidad y en 2019, 1.119 (CC) y 1.022 (AP). - Es claro, por tanto, que la empresa ha tenido en esos períodos más de 2.000 trabajadores
3. - El 16-01-2015 se promovieron elecciones sindicales en el centro de la C/San Sotero 3 de Madrid. - El 15-04-2015 se celebraron las elecciones, en las que UGT obtuvo 140 votos; CCOO, 94 y CGT, 72, lo que arrojó el resultado siguiente: 6 delegados (UGT); 4 delegados (CCOO) y 3 delegados (CGT). - El 21-05-2018 se promovieron nuevas elecciones en dicho centro, al incrementarse su plantilla, que se celebraron el 19-07-2018. - UGT obtuvo 167 votos y 3 delegados; CCOO, 156 votos y 3 delegados y CGT 137 votos y 2 delegados. - También es claro que obtuvo más del 10% de los votos en dicho centro de trabajo.
4. - El 19-05-2017 se celebraron elecciones en el centro de Sevilla, donde CCOO obtuvo 34 votos.
5. - La suma de votos, emitidos en los tres procesos electorales, asciende a 1002 y los votos obtenidos por CGT ascienden a 209, superando con creces el 10% de los votos.
6. - El 5-12-2018 dos de los vocales de la CGT comunicaron a la empresa y a la CAM su decisión de renunciar a su condición de afiliadas a CGT, aunque decidieron mantenerse en el comité.
7. - La empresa se ha negado reiteradamente a reconocer la tercera delegada LOLS a CGT, porque consideró que solo era representativa en el área de Contac Center, donde no trabajan más de 2000 trabajadores.

La Sala considera que el art. 10.1 y 2 LOLS contempla únicamente a empresas y centros de trabajo, que ocupen a más de 250 trabajadores, sin mencionar para nada a las unidades productivas, que puedan existir en el ámbito de la empresa.

Como es sabido el art. 1.5 ET considera centro de trabajo a la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. - Por otro lado, el art. 44.1 ET distingue, al efecto de la sucesión empresarial entre la empresa, el centro de trabajo y la unidad productiva autónoma. - Los arts. 62 y 63 ET determinan, que las elecciones sindicales, que son la herramienta para medir la representatividad sindical, se celebren a nivel de empresa o de centro de trabajo, sin que la unidad productiva juegue papel alguno.

Consiguientemente, acreditado que CGT constituyó una sección sindical de empresa, que fue reconocida por SALESLAND como tal, sin que sea relevante, a nuestro juicio, que la comunicación a la empresa se realizara por la Sección de Telemarketing de CGT, puesto que lo relevante es que se constituyó como sección sindical de empresa, sin referencia alguna a centros de trabajo o unidades productivas, lo que fue perfectamente legítimo, puesto que su organización compete al sindicato. - Probado que, la empresa emplea a más de 2000 trabajadores y que CGT ha obtenido más del 10% de los votos en las elecciones sindicales producidas en la empresa, es patente que le corresponde nombrar a tres delegados LOLS, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 LOLS .

En razón de lo expuesto, la decisión de la demandada de negar el reconocimiento de los derechos y garantías del art. 10 LOLS a los delegados nombrados por el sindicato porque éste no tiene presencia más que en un centro de trabajo dedicado a la actividad de Contact Center, vulnera frontalmente lo dispuesto en el apartado primero de dicho precepto, así como la jurisprudencia citada más arriba, lo que conduce a la estimación de la demanda en cuanto a este extremo, como sostuvimos en SAN 7-11-2016 , confirmada por STS 25-01-2018, rec. 30/17 , por lo que vamos a declararlo del modo pedido, así como la nulidad de la medida y el cese automático de la actuación empresarial, reconociendo, consiguientemente, el derecho de la demandante a nombrar la tercera delegada LOLS.



CUARTO .- La demandante reclama, como indemnización por daños morales, la cantidad de 6.250 euros, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.8 LISOS , que tipifica como infracción grave a la transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores y de las secciones sindicales en materia de crédito de horas retribuidas y locales adecuados para el desarrollo de sus actividades, así como de tabloneros de anuncios en los términos que legal o convencionalmente estuvieren establecidos. - A su vez, el artículo 40.1.a) LOLS contempla como sanción una multa en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

La empresa demandada solicitó que, caso se estimase la demanda, redujéramos la indemnización al grado mínimo, atemperándola a las circunstancias concurrentes.

La jurisprudencia, por todas STS 18-01-2018, rec. 30/17 , ha establecido los criterios esenciales para determinar la indemnización por daños morales en los términos siguientes:

A) En el presente caso, entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical, debe decretarse la reparación sus consecuencias ilícitas (arg. ex art. 15 LOLS), disponiendo el restablecimiento del Sindicato demandante en la integridad de su derecho. Tal integridad comporta, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (arg. ex art. 182.1.d LRJS). Cabalmente, eso es lo que la sentencia recurrida hace.

B) De conformidad con la doctrina expuesta, no consideramos que estemos ante supuesto en que pueda excepcionarse la reparación íntegra del daño. Habiendo vulneración de la libertad sindical, es claro que la solicitud de que el órgano judicial resarza el daño moral ha de estimarse.

Si el texto de la LRJS anuda la vulneración de derechos fundamentales y la reparación del daño moral al abono de una indemnización debemos concluir que la sentencia recurrida acierta cuando estima la solicitud de reparación.

C) Concretada en este caso la pretensión indemnizatoria de la parte demandante a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado perjuicios materiales concretos, para cumplir con el deber de cuantificar el daño, puede determinarse prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (arg. ex arts. 179.3 y 183.2 LRJS).

D) En la STS 2 febrero 2015 (rec. 279/2013) hemos repasado la evolución de nuestra jurisprudencia y anotado los cambios que ha de comportar la regulación de la LRJS que ahora debemos aplicar. Aún después de ella se considera válida la doctrina conforme a la cual el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable. Asimismo, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006) y puede seguir teniéndose como parámetro razonable.

La intermediación característica del proceso laboral en la instancia se proyecta a la hora de precisar el concreto alcance que deba tener la indemnización de daños y perjuicios contemplada en la LRJS. De hecho, en alguna ocasión, a la vista de su artículo 183 , hemos llegado a entender que solo excepcionalmente cabe revisarlo en casación, "al ser competencia de la Sala de instancia fijar libremente su importe" (STS 30 abril 2014, rec. 213/2013). Asimismo, la STS 5 febrero 2015 (rec. 77/2014) pone de relieve el diferente modo en que ha de abordarse la fijación por los daños sufridos (necesitados de su acreditación) y por los daños y perjuicios morales (donde la determinación posee elevadas dosis de discrecionalidad).

E) Nuestra jurisprudencia admite como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales el acudimiento a los criterios de la LISOS. "Dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales ..." (SSTS 12/12/07 -rco 25/07 -; y 18/07/12 -rco 126/11 -).

La utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24/Julio), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 -rco. 67011 -; y 08/07/14 -rco 282/13 -).

La Sala, vista la evolución de la jurisprudencia en esta materia, que está perfectamente consolidada, al menos desde la STS 21-06-2016, rec. 182/15 , considera que, la negativa empresarial a reconocer la tercera delegada LOLS, aunque se cumplían claramente todas las exigencias requeridas por el art. 10.2 LOLS , con base a



una argumentación forzada y artificiosa, según la cual la sección sindical no era propiamente una sección sindical de empresa, sino una sección de unidad productiva autónoma, demuestra una clara resistencia al reconocimiento de un derecho, que forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, que ha supuesto perjuicios continuados a CGT, quien no ha podido disponer de una delegada LOLS, a la que tenía derecho desde el mes de diciembre pasado, por lo que vamos a establecer una indemnización de 3.126 euros, que es el nivel menor del grado máximo, teniendo presente que el agravio no se ha prolongado demasiado en el tiempo, porque una indemnización menor no desplegaría el efecto disuasorio de estas conductas, que consideramos necesario erradicar.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos parcialmente la demanda de tutela de derechos fundamentales, promovida por CGT, por lo que declaramos que la conducta empresarial ha lesionado su derecho fundamental a la libertad sindical, declaramos su nulidad radical y ordenamos su cese inmediato, así como el derecho de CGT al nombramiento de una tercera delegada LOLS, por lo que condenamos a SALESLAND, SL a estar y pasar por dichas declaraciones, así como a indemnizar a CGT con 3.126 euros por daños morales, absolviéndole de los restantes pedimentos de la demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0007 19; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0007 19, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.