



Roj: **STS 2556/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2556**

Id Cendoj: **28079140012020100554**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2020**

Nº de Recurso: **823/2018**

Nº de Resolución: **590/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 237/2017,**
STSJ AND 119/2018,
STS 2556/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 823/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 590/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 2 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a. Diana , representada y asistida por el Letrado D. José Podadera Valenzuela, contra la sentencia dictada el 17 de enero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) en el recurso de suplicación nº 1901/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Málaga en autos núm. 702/2015, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra Ilunion Emergencias S.A..

Ha comparecido como parte recurrida Ilunion Emergencias S.A. representada por la Procuradora D.^a. Mercedes Caro Bonilla y asistida por el Letrado D. Juan José Pérez Morales.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de julio de 2017 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Málaga dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



1º.- La actora ha prestado servicios para la empresa demandada con la antigüedad de 1.7.99, grupo/categoría profesional de gestor telefónico y salario mensual, incluida prorrata de pagas extraordinarias, de 1.369,86 euros.

2º.- Mediante carta de 3.8.15 la actora fue despedida con la misma fecha de efectos. La carta consta unida a los autos y su contenido lo damos por reproducido.

3º.- El despido fue comunicado al Comité de Empresa el 4.8.15.

Por estos hechos se ha interpuesto denuncia penal el 3.8.15 que ha sido sobreseída mediante auto firme.

4º.- Mediante resolución de fecha 7 de noviembre de 2014, la Empresa de Emergencias Sanitarias (en adelante EPES), entidad de derecho público adscrita a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, adjudicó a la mercantil MK Plan 21, S.A. el servicio de operación, administración y supervisión técnica en los servicios provinciales 061 de la EPES, entidad que tiene como objeto la gestión de los servicios de emergencias sanitarias cuya competencia corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía. El 28 de noviembre de 2014 se formalizó el contrato de servicios, siendo prorrogado el 19 de junio de 2015.

La Empresa Pública dispone de un "Índice de procedimientos Generales" y un "Índice de procedimientos específicos" en el que se detallan las funciones del personal, actividades a realizar y procedimientos a seguir en relación con la prestación del servicio encomendado. De igual modo existe un documento relativo a la Sistemática de Trabajo en la Sala de Coordinación de Urgencias emergencias del SP de Málaga, habiéndose remitido correo electrónico a los trabajadores, incluida la actora remitiendo tal documento.

5º.- Desde el 8.6.15 se inicia una huelga indefinida de trabajadores de "Ilunión Emergencias S.A." que prestan sus servicios en el "061" de Málaga, convocada por la CGT.

El 12.6.15 EPES comunica a Ilunión Emergencias mediante un correo electrónico que se adopten las medidas necesarias que aseguren la correcta aplicación de los procedimientos generales y específicos del Centro Coordinador, incluyendo la correcta cumplimentación de datos de las demandas en el sistema por parte del personal de operación, al observarse un registro incompleto de los datos de las demandas urgentes atendidas y gestionadas en el Centro Coordinador de Urgencia y Emergencia de Málaga por parte del personal de operación. En esa misma fecha, el responsable de servicios de Ilunión Emergencias S.A. comunica a todos los operadores y supervisores del 061 de Málaga que se habían detectado incumplimientos por parte de algunos operadores en la correcta cumplimentación de datos de las demandas en el sistema y se debían cumplir los procedimientos de trabajo establecidos.

6º.- Por carta de 17.6.15 la actora fue apercibida verbalmente por no aplicar correctamente los procedimientos generales y específicos del Centro Coordinador. La actora firmó la carta y puso por escrito "No conforme. Entiendo que es una vulneración a mi derecho a huelga y como tal lo voy a denunciar".

7º.- El 17.6.15 la empresa da instrucciones a los supervisores para advertir y corregir a los operadores del incorrecto registro de datos en la gestión de las emergencias.

8º.- El 18.6.15 la empresa ordena a los supervisores que cuando "detectéis el borrado de la dotación de unidades, debéis corregir dicha información sobre las demandas L* que haya creadas correspondientes a las dotaciones de esas unidades.

9º.- El 12.6.15, 22.7.15 y el 16.9.15 el EPES comunica a Ilunión Emergencias que se adopten las medidas necesarias que aseguren la correcta aplicación de los procedimientos generales y específicos del Centro Coordinador, incluyendo la correcta cumplimentación de datos de las demandas en el sistema por parte del personal de operación.

El 22.7.15 la Dirección de Ingeniería y Logística de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía advierte a Ilunión Emergencias que se sigue produciendo un incorrecto registro de los datos de atención y advierte de las consecuencias para los ciudadanos.

10º.- Por correos electrónicos de 4.8.15, 17.8.15 y 21.9.15 se envió a todos los trabajadores del 061 un comunicado de empresa advirtiendo de las irregularidades que se estaban advirtiendo en la introducción de datos y de las consecuencias que tenía.

11º.- La actora ha realizado las siguientes actuaciones:

- Ha manipulado los datos de las dotaciones del personal sanitario que presta servicios en los equipos móviles de las EPES de Málaga. Concretamente ha quitado el código que identifica al médico, enfermero y técnico de los equipos móviles del 061 en la base de datos que gestiona y registra la actuación de la



coordinación de emergencias 061 de Málaga. Estos hechos se cometieron los días 29 y 30.6.15. Mientras realiza la modificación de las dotaciones en el sistema entran llamadas de usuarios que no atiende.

- La actora no revisa el campo dirección en la base de datos que gestiona y registra la actuación de la coordinación de emergencias en el 061 en Málaga, cuando la localización viene facilitada por servicios como Emergencias 112 Andalucía o el Servicio de Teleasistencia.

- La actora no identifica en el sistema informático el alertante de la llamada, es decir, la persona o institución que alerta de un aviso y solicita el servicio de emergencias, ya sea para sí o para un tercero. Concretamente esto ha sucedido los días 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30.6.15.

- La actora no ha registrado en el campo correspondiente el código de resolución del equipo, que identifica el resultado de la valoración sanitaria del caso y paciente y lo registra en un campo que no es el destinado al efecto; no registra el diagnóstico ni el juicio clínico que facilita un equipo tras una asistencia si ésta no viene dada automáticamente por el envío de datos de la historia clínica digital; cierra las demandas sin revisar ni corregir los datos erróneamente registrados o los no registrados. Esto ha sucedido los días 20, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29 y 30.6.15.

- El supervisor ha indicado a la trabajadora que corrija datos de las demandas, haciendo caso omiso la misma, obligando al supervisor a hacer las correcciones. Esto sucede los días 20.6.15, 22.6.15 y 25.6.15. La trabajadora ha contestado "ejerczo mi derecho a huelga".

12º.- La actora pertenece al sindicato CGT y paga su cuota sindical mediante descuento en la nómina.

13º.- La actora forma parte del Comité de Huelga, al igual que otras 4 trabajadoras despedidas por hechos semejantes. En total el Comité de huelga está compuesto de 12 trabajadoras.

El Comité de Empresa está constituido por afiliados a la CGT.

14º.- Por orden de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de 5.6.15 se estableció respecto de la huelga indefinida "...se entenderá condicionada al mantenimiento de los mínimos estrictamente necesarios para el funcionamiento de este servicio... los artículos anteriores no supondrán limitación alguna de los derechos que la normativa reguladora de la huelga reconocen al personal en dicha situación... deberán observarse las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de garantías de los usuarios de establecimientos sanitarios..."; se estableció como servicios mínimos el 100% de los operadores y el 50% para el personal técnico y administrativo.

Por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Málaga de 3.12.15 se estimó el recurso contencioso interpuesto respecto de los servicios mínimos del 100% de los operadores en el servicios provincial del 061. Se anuló la anterior Orden por considerarse que al mantener el 100% de los servicios de los operadores era abusiva e impedía el ejercicio del derecho de huelga.

Por Orden de 18.1.16 la Consejería de Salud estableció respecto de la huelga indefinida "...los artículos anteriores no supondrán limitación alguna de los derechos que la normativa reguladora de la huelga reconocen al personal en dicha situación ... deberán observarse las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de garantías de los usuarios de establecimientos sanitarios..."; se estableció como servicios mínimos el 90% de los operadores y el 50% para el personal técnico y administrativo.

15º.- La denuncia penal por hechos como los descritos contra otras trabajadoras han sido archivadas.

16º.- Otras 7 trabajadoras han sido objeto de despido disciplinario por hechos semejantes a la actora: Herminia , Inmaculada , Josefa , Justa , Lorena , Paulina y Lourdes . Las cartas constan unidas a los autos y las damos por reproducidas.

17º.- La empresa ha impuesto 95 sanciones diferentes al despido por hechos relacionados con el incorrecto registro de datos en la tramitación de las emergencias. Las cartas constan unidas a los autos y las damos por reproducidas.

18º.- El representante legal de la CGT en Málaga comunicó el 3.10.14 a la empresa la constitución de la Sección Sindical en el centro de trabajo de Málaga y el nombramiento de 13 Delegados Sindicales. La empresa, el 27.10.14, le contesta que reconoce como constituida dicha sección sindical en el centro de trabajo del 061 de Málaga y no reconoce a los Delegados Sindicales al no concurrir los requisitos que exige el art. 10 de la LOLS para designar un Delegado Sindical.

19º.- El centro de trabajo de la actora contaba en la fecha de los hechos con 56 trabajadores fijos y unos 23 contratados temporalmente.

La empresa cuenta con más de 250 trabajadores.



20º.- La actora conocía los procedimientos y la operativa a realizar así como sus actualizaciones.

Cada usuario/trabajador tiene su propia contraseña que no conoce el administrador. Cuando abandona el puesto cada trabajador debe bloquear la pantalla o se bloquea automáticamente al pasar un tiempo. Cuando reciben las llamadas tienen que realizar un cuestionario para tomar los datos. Cuando el alertante es relevante parte de los datos ya le vienen transmitidos.

A las dotaciones cuando son llamadas se les comunica los datos del paciente y la dirección y durante el trayecto van recibiendo nuevos datos que el/la médico y el enfermero/a van anotando.

21º.- Según la web del Portal de Salud de la consejería de igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, los pacientes asistidos por el 061 mantienen el nivel de satisfacción en 9,4 sobre 10 durante 2015.

22º.- Por los Juzgados de lo Social nº 6 y 10 se han confirmado sanciones impuestas a la actora por ocupación ilegal de las instalaciones y por trato descortés mediante correo electrónico.

23º.- D^a. Modesta como responsable de Servicio en el 061 de Málaga y como Responsable de Proyecto 061 Andalucía está autorizada por la Dirección del Servicio Provincial 061 de Málaga de EPES para acceder a SIEPES-CC, escritorio EPES y sus herramientas específicas de Teleoperación y EGDA, acceso escritorio remoto por Citrix y aplicación Ultra VNC.

La Empresa Pública de Emergencias autorizó el 14 de diciembre de 2015 la salida de información completa del sistema despacho de llamadas del 061 de Málaga desde el 18 mayo 2015 al 11 de noviembre de 2015 y registros de accesos remotos durante ese periodo con la finalidad de realizar un informe pericial para juicio entregando dicha documentación en USB al perito designado por Ilunión en presencia de un notario.

24º.- El registro incorrecto de datos ha dificultado la evaluación de los objetivos individuales de los profesionales del Servicio Provincial del 061 de Málaga en el segundo semestre de 2015.

25º.- Los Juzgados de lo Social 1, 10, 3 han dictado sentencias en supuestos semejantes al presente. Las dos primeras están pendientes del recurso de casación.

26º.- EPES tiene interpuesta una demanda contra la CGT en reclamación de cantidad por los gastos ocasionados como consecuencia de la contratación de una empresa de seguridad, contratación derivada de las actuaciones de la CGT en este conflicto laboral.

27º.- Se ha celebrado acto de conciliación sin avenencia."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos desestimar la demanda interpuesta por D^a. Diana contra la empresa "Ilunión Emergencias, S.A." y declarar el despido procedente."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Diana ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), la cual dictó sentencia en fecha 17 de enero de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Doña Diana contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número tres de Málaga con fecha 5 de julio de 2017 en autos sobre despido, seguidos a instancias de dicha recurrente contra Ilunion Emergencias S.A., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia recurrida."

TERCERO.- Por la representación de D^a. Diana se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de abril de 2011, (rollo 751/2010).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 5 de julio de 2018 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Presentado escrito de impugnación por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de julio de 2020, fecha en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La demandante inicial formula recurso de casación para unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 17 de enero de 2018 (rollo 1901/2017) que confirma la desestimación de la demanda de despido que había hecho la sentencia del Juzgado de instancia.

2. El recurso busca lograr que se declare la improcedencia del despido disciplinario del que fue objeto la actora con fundamento en la concurrencia del defecto formal consistente en no haber dado audiencia al delegado sindical del sindicato al que se hallaba afiliada.

El rechazo de dicha pretensión, tanto en la instancia, como en la sentencia recurrida se justifica en el dato de que la sección sindical en cuestión no cumplía con los requisitos del art. 10.3 de la LO de Libertad Sindical (LOLS).

3. A fin de cumplimentar el esencial requisito de la contradicción impuesto en el art. 219.1 LRJS, la parte recurrente invoca, como sentencia opuesta, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 abril 2011 (rollo 751/2010).

Se trataba allí también del despido disciplinario de un trabajador, cuya afiliación sindical constaba a la empresa, que la Sala valenciana declara improcedente precisamente porque no se había dado audiencia al delegado de la sección sindical a la que pertenecía el despedido aun cuando dicha sección no reunía allí tampoco los requisitos establecidos en la LOLS.

4. Entre las sentencias comparadas se da, pues, la más perfecta identidad a los efectos de merecer la unificación doctrinal pretendida en el recurso, ya que pese a la analogía de hechos, fundamentos y pretensiones, las respectivas Salas de suplicación mantienen criterios totalmente opuestos que provocan que el signo de sus decisiones sea también contrario.

SEGUNDO.- 1. En el único de los motivos del recurso, la trabajadora recurrente denuncia la infracción de los arts. 55.1 y 2 del Estatuto de los trabajadores (ET), 14 y 28.1 de la Constitución (CE) y 5 del Convenio nº 135 OIT, sobre los representantes de los trabajadores.

2. La cuestión del alcance de la obligación empresarial impuesta en el art. 55.1 ET, *in fine* -según el cual, "Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato"- ha sido analizada por esta Sala IV del Tribunal Supremo en anteriores ocasiones.

Así, en las STS/4ª de 31 de mayo de 2007 (rcud. 640/2006), 9 mayo 2018 (rcud. 3051/2016), 19 julio 2018 (rcud. 496/2017) 30 enero 2020 (rcud. 3983/2017) y 5 febrero 2020 (rcud. 4048/2017). Precisamente, a excepción de la primera de las sentencias citadas, todas las restantes han sido dictadas en litigios que traen causa de los mismos hechos, si bien relativos a otras dos trabajadoras de la misma empresa.

Hemos declarado que el art. 55.1 ET "no se refiere a cualquier tipo de delegado sindical que pueda haberse designado en uso de la facultad de la que disponen los sindicatos para constituir secciones sindicales en el seno de la empresa o del centro de trabajo", conforme al art. 8.a) LOLS, sino solamente a los delegados de las secciones sindicales constituidas "En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores" (art. 10.1 LOLS). Esos delegados sindicales son los únicos que cuentan con las garantías, competencias y prerrogativas del art. 10.3 de la LOLS y ello porque la doctrina constitucional presupone que no todos los delegados sindicales poseen los mismos derechos y facultades, siendo ello acorde con la Constitución. Y, si bien la autonomía sindical permite que cada sección se organice en la empresa del modo que decida (por centro de trabajo, por unidad electoral o por empresa), es el volumen de la plantilla lo que será determinante a la hora de precisar el tipo de delegado sindical que puede designar.

En suma, hemos sostenido reiteradamente que la referencia a los "delegados sindicales" del citado art. 55.1 ET no viene acompañada de mayor precisión en dicho precepto. Por ello, "la especificación, por tanto, de quiénes sean esos "delegados sindicales" o esa "sección sindical correspondiente" ha de venir de mano de la norma que establece esas instituciones. La Ley (de carácter orgánico, a diferencia del ET, por así exigirlo el art. 81 CE) que disciplina la libertad sindical es, de manera natural, la sede donde aparecen contemplados unos y otras. Por tanto, las personas que cumplen los requisitos del art. 10.1 LOLS son las que deben ser oídas antes del despido disciplinario que afecte a cualquiera de sus afiliados".

3. Los más elementales criterios de seguridad jurídica nos conducen a reproducir en el presente caso la solución alcanzada en nuestras sentencias precedentes. Por ello, debemos desestimar el recurso, dado que la sentencia recurrida se acomoda a la indicada jurisprudencia.



4. En virtud de lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, en relación con el art. 2 de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, no procede hacer imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D^a Diana frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 17 enero 2018, en el rollo 1901/2017, proveniente de las actuaciones seguidas a instancia de dicha parte contra ILUNION EMERGENCIAS, S.A. incoadas inicialmente ante el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Málaga (autos 702/2015). Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO