



Roj: **STS 1806/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1806**

Id Cendoj: **28079140012018100434**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **3051/2016**

Nº de Resolución: **483/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 12664/2016,**
STS 1806/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **3051/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 483/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Mercedes , representada y defendida por el Letrado Sr. Podadera Valenzuela, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 7 de julio de 2016, en el recurso de suplicación nº 1013/2016 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 11 de febrero de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 10 de Málaga , en los autos nº 877/2015, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa Ilusión Emergencias, S.A., sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrida la empresa Ilusión Emergencias, S.A., representada por la Procuradora Sra. Caro Bonilla y defendida por Letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 11 de febrero de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la demanda formulada por D^a Mercedes



contra la empresa Ilusión Emergencias S.A., califico como procedente el despido objeto de este proceso y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- Da Mercedes ha prestado servicios por cuenta y dependencia de la empresa Ilusión Emergencias, S.A. desde el 13 de junio de 2006, con la categoría profesional de gestor telefónico, percibiendo un salario mensual bruto de 1.516,90 € incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

2º En fecha 31 de agosto de 2015 dejó de prestar servicios tras recibir la comunicación escrita que obra al documento nº 26 del ramo de prueba de la demandada.

3º.- Mediante resolución de fecha 7 de noviembre de 2014, del órgano de contratación, se adjudicó a la mercantil MK Plan 21, S.A. el servicio de operación, administración y supervisión técnica en los servicios provinciales 061 de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, 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 -documentos nº 1, 2, 3 del ramo de prueba de la demandada-. La actora está ocupada en este cometido prestando servicios en las instalaciones de la Empresa Pública sitas en el Parque Tecnológico de Andalucía.

4º.- La Empresa Pública dispone de un "Índice de procedimientos Generales" en el que se detallan las funciones del personal, actividades a realizar y procedimientos a seguir en relación con la prestación del servicio encomendado -documentos nº 5 a 17 del ramo de prueba de la demandada-.

5º.- El procedimiento general "Trazabilidad" ha sido modificado en varias ocasiones, habiéndose comunicado a la actora mediante correo electrónico en fechas 1 de abril de 2011 y 12 de junio de 2013 -documento 9 del ramo de prueba de la demandada-.

6º.- La sistemática de trabajo en la sala de coordinación de urgencias-emergencias del S.P. de Málaga fue revisada en fecha 1 de abril de 2014, habiéndose comunicado a la actora el 2 de abril de 2014 -documento nº 15 del ramo de prueba de la demandada-.

7º.- El manual de usuario del sistema de gestión de demanda sanitaria para centros coordinadores de urgencias SIEPEL CC y sus actualizaciones obran al documento nº 17 del ramo de prueba de la demandada. La actualización de los protocolos de la aplicación SIEPES CC con la integración técnica del servicio de teleasistencia de la Junta de Andalucía con el sistema SICOM de EPES fue comunicada a la actora mediante correo electrónico el 8 de noviembre de 2011 -documento nº 18 del ramo de prueba de la demandada-.

8º.- El 12 de junio de 2015, EPES requirió a MK Plan 21, S.A. la adopción de 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. En fechas 12 y 17 de junio de 2015, el responsable del servicio MK Plan 21, S.A. dirigió comunicación e instrucción sobre la cumplimentación de datos a los operadores y supervisores - documentos anexos a la carta de despido y 48 a 50 del ramo de prueba de la demandada-.

9º.- El 1 de julio de 2015 MK Plan 21, S.A. apercibió de sanción a la trabajadora por el registro inadecuado de información. El 22 de julio de 2015 EPES requirió a Ilusión Emergencias, S.A. -antes MK Plan 21, S.A.- para que adoptara las medidas necesarias para asegurar 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 operador -anexo a la carta de despido y 52 y 53 del ramo de prueba de la demandada-. En fecha 4 de agosto de 2015 la empresa dirigió comunicado a los trabajadores, mediante correo electrónico, reiterando la necesidad de realizar una correcta aplicación de los procedimientos generales y específicos del centro coordinador, el cumplimiento de las normas laborales y de la relación contractual por parte de los operadores de la Sala de Coordinación 061 Málaga -documento nº 54 del ramo de prueba de la demandada-. El 17 de agosto de 2015 la empresa dirigió nuevo comunicado a los trabajadores poniendo de manifiesto las deficiencias observadas en la prestación del servicio por parte de varios operadores así como sus consecuencias -documento nº 55 del ramo de prueba de la demandada-.

10º.- En fechas 7, 8, 9, 10, 13 y 15 Ilusión Emergencias, S.A. entregó a la trabajadora las comunicaciones anexas a la carta de despido en relación con la permanencia en el centro fuera del horario de trabajo -documentos anexos a la carta de despido-.

11º.- En fecha 3 de agosto de 2015 fue despedida la trabajadora Da Valle ; en fecha 17 de agosto de 2015 fue despedida la trabajadora Dª Coro ; en fecha 31 de agosto de 2015 fueron despedidas las trabajadoras Dª



- Micaela , D^a Marta , D^a Eufrasia y D^a Regina ; en fecha 21 de septiembre de 2015 fue despedida la trabajadora D^a Begoña -documento n° 28 del ramo de prueba de la demandada cuyo contenido se da por reproducido-.
- 12°.- En fecha 31 de agosto de 2015 la empresa comunicó al comité de empresa el despido de **Da** Micaela , D^a Marta , D^a Eufrasia , D^a Regina y de la actora. Junto a la comunicación entregó copia de la carta de despido de la Sra. Mercedes -documento n° 39 del ramo de prueba de la demandada-
- 13°.- Por la responsable de la empresa se elaboró informe sobre la actuación de **Da** Mercedes -documento n° 40 del ramo de prueba de la demandada-
- 14°.- En fecha 31 de agosto de 2015 la empresa presentó denuncia contra la trabajadora ante el Juzgado de Instrucción -documento n° 41 del ramo de prueba de la demandada-
- 15°.- Por el sindicato CGT se convocó huelga indefinida desde las 0,00 horas del día 8 de junio de 2015,15-ara todos los trabajadores de la empresa MKPlan 21, S.A. adscritos al centro de trabajo de EPES en la provincia de Málaga. La actora fue nombrada miembro del comité de huelga. La comunicación a la empresa y a la autoridad laboral se realizó el 28 de mayo de 2015 -documento n° 44 del ramo de prueba de la demandada y ri° 2 del ramo de prueba de la actora-
- 16°.- Mediante Orden de fecha 5 de junio de 2015, la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales fijó unos servicios mínimos del 100% del personal de operadores y del 50% del personal técnico y administrativo, de acuerdo con el dimensionamiento previsto y planificado por la empresa -documento n° 45 del ramo de prueba de la demandada y n° 4 de la actora-
- 17°.- Mediante sentencia dictada en fecha 3 de diciembre de 2015, por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se anuló la anterior Orden en cuanto a los servicios mínimos del 100% -documento n° 5 del ramo de prueba de la actora-
- 18°.- Mediante Orden de fecha 18 de enero de 2016, la Consejería de Salud fijó los siguientes servicios mínimos: "90% en todos los turnos de lunes a domingo; en niveles III y IV de alta frecuentación y situaciones extraordinarias o emergencias colectivas o activación del plan territorial de emergencias el 100% de lunes a domingo; el personal con turno de formación no tiene servicios mínimos; el personal de administración y técnicos se mantiene el 50%" -documento n° 6 del ramo de prueba de la actora-
- 19°.- La empresa ha impuesto a algunos trabajadores sanciones por el incorrecto registro de datos -documento n° 46 del ramo de prueba de la demandada y n° 9 del ramo de prueba de la actora-
- 20°.- La actora, los días 30 de julio de 2015 y 6, 10, 14 y 15 de agosto de 2015, modificó, en el sistema informático donde se registran los avisos, datos de las dotaciones de los equipos, eliminando el código que identifica al médico, al enfermero y al técnico de los equipos móviles, dejando los campos vacíos o con un código genérico.
- 21°.- Entre el 21 de julio de 2015 y el 10 de agosto de 2015, en las fechas y en las demandas reflejadas en la comunicación de despido, en la base de datos que gestiona y registra la actuación de la coordinación de emergencias 061 de Málaga y provincia, cuando la localización viene facilitada por servicios de emergencias 112 o el servicio de teleasistencia, no rectificó los datos de localización geográfica transferidos telemáticamente, dejando datos erróneos en los campos calle, número, puerta y localidad.
- 22°.- Entre el 11 de julio de 2015 y el 13 de julio de 2015, en las fechas y en las demandas reflejadas en la carta de despido, la actora no cumplimentó el campo del sistema informático destinado al registro del alertante mediante código.
- 23°.- Entre el 11 de julio de 2015 y el 10 de agosto de 2015, en las fechas y en las demandas reflejadas en la carta de despido, la actora registró de forma incorrecta códigos de resolución, datos de diagnóstico y juicio clínico de pacientes y cerró las demandas sin revisar ni corregir datos erróneamente registrados o no registrados de alertantes, dirección, códigos de resolución, diagnósticos, juicios clínicos y motivos de exclusión u hospital de destino donde había sido trasladado el paciente. El 7 de agosto de 2015, ante el requerimiento del supervisor para que rellenara correctamente los campos, contestó a través del sistema informático que "ejercicio mi derecho a la huelga, no está en peligro ni la seguridad del paciente ni de las unidades".
- 24°.- En fecha 16 de octubre de 2014, por el sindicato CGT se comunicó a la empresa la constitución de la sección sindical. La empresa respondió el 27 de octubre de 2014 reconociendo la sección sindical si bien no reconociendo "como delegados sindicales a ninguno de los 13 trabajadores que dicha carta dice reconocer como tales de dicha sección sindical, al no concurrir los requisitos que exige el artículo 10 LOLS " -documentos n° 37 y 38 del ramo de prueba de la demandada y n° 3 de la actora-
- 25°.- La empresa cuenta con menos de 250 trabajadores.



26°.- No ha ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores. Está afiliada) al sindicato CGT. La empresa le descontaba la cuota sindical en las nóminas.

27°.- La papeleta de conciliación se presentó ante el órgano administrativo el 16 de septiembre de 2015, celebrándose el acto el 2 de octubre de 2015 que concluyó con el resultado de sin avenencia. La demanda se presentó el 9 de octubre de 2015».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), dictó sentencia con fecha 7 de julio de 2016, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Mercedes contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Diez de Málaga con fecha 11 de febrero de 2016 en autos 877-15 sobre DESPIDO, seguidos a instancias de dicha recurrente contra ILUNIÓN EMERGENCIAS S.A., en los que se ha dado intervención a MINISTERIO FISCAL, confirmando la sentencia recurrida».

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Podadera Valenzuela, en representación de D^a Mercedes, mediante escrito de 22 de agosto de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 14 de abril de 2011. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 55.1 y 2 ET, así como los arts. 14 y 28.1 CE y el 5 del Convenio 135 OIT.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 9 de mayo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes y términos del debate.

Se discute ahora si la empresa que va a despedir disciplinariamente a persona afiliada a determinado sindicato debe dar audiencia al "delegado" del mismo en todo caso. En particular, si ello es así aunque ese representante no goce de las prerrogativas previstas en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS).

1. Hechos a partir de los cuales se debate.

De la crónica judicial, antes reproducida íntegramente, interesa ahora destacar las pocas cuestiones que van a resultar decisivas para la resolución del caso:

A) El conflicto se desarrolla en empresa con menos de 250 trabajadores (HP 25°). La despedida, y ahora recurrente, está afiliada a CGT y la empresa le descuenta de la nómina su cuota sindical (HP 26°). Es gestora telefónica de urgencias sanitarias.

B) En octubre de 2014 el sindicato Confederación General del Trabajo (CGT) constituye su sección sindical. La empresa acepta esa decisión pero advierte (27 octubre 2014) que no reconoce como delegados sindicales a ninguno de los 13 designados "al no concurrir los requisitos que exige el artículo 10 LOLS" (HP 24°).

C) La CGT convoca huelga indefinida en el centro de trabajo a que está adscrita la demandante y con efectos de 8 de junio de 2015 (HP 15°); la trabajadora forma parte del comité de huelga.

D) En diversas fechas de julio y agosto de 2015 la demandante altera o deja vacíos, de manera anómala, diversos campos de datos exigidos por el sistema informático (HP 20° a 23°).

E) Con efectos de 31 de agosto de 2015 la demandante es despedida disciplinariamente (HP 2°), al igual que otras siete lo habían sido en días precedentes (HP 11°).

F) El mismo 31 de agosto la empresa comunica al comité de empresa el despido de la actora (HP 12°) y presenta denuncia contra ella misma ante el Juzgado de Instrucción (HP 14°).

Debe quedar claro desde este mismo momento: 1°) Que la sentencia recurrida se pronuncia tomando en consideración los hechos declarados como probados por el Juzgado de lo Social nº 10 de Málaga con fecha 11 de febrero de 2016. 2°) Que la sentencia dictada en suplicación desestima las siete solicitudes de revisión fáctica instadas por la trabajadora despedida. 3°) Que ninguna de las fracasadas peticiones de revisión alude



al número de trabajadores de la empresa o a la condición de quienes aparecen como delegados del sindicato al que está afiliada.

2. Sentencia recurrida.

Disconforme con su despido y con la desestimación de la demanda que frente al mismo había presentado, la trabajadora formaliza recurso de suplicación. La STSJ Andalucía (Málaga) 1196/2016 de 7 de julio (rec. 1013/2016) asienta su fallo, confirmatorio del acogido por el Juzgado de lo Social en los siguientes argumentos:

A) Descarta que se haya producido indefensión como consecuencia de que el Juzgado denegase la prueba pericial propuesta (experto que no aporta informe escrito y que admite desconocer el sistema informático utilizado por la empresa demandada) y la reconvirtiese en testifical.

B) Desestima las siete revisiones de hechos probados, exponiendo las razones de ello y subrayando que la decisión del Juzgado aparece motivada en cada caso.

C) Recuerda que el derecho de huelga no permite la prestación deficiente del trabajo, desvirtúa los indicios de discriminación en el despido (hay miembros del comité de huelga no despedidos, hay trabajadores despedidos ajenos a tal comité, la trabajadora fue amonestada antes del despido) y resalta los graves incumplimientos en que ha incurrido la demandante.

D) Aunque la demandante está afiliada a la CGT y hay sección sindical, no estamos en el supuesto de artículo 10.3 LOLS "ya que la empresa demandada tiene menos de 250 trabajadores, con lo que no existía la obligación empresarial de dar audiencia".

3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.

Con fecha 22 de agosto de 2016 el Abogado y representante de la trabajadora formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina contra la citada sentencia de suplicación.

Denuncia un "error evidente" en la fijación de hechos probados (porque sostiene que la empresa tiene muchos más de 250 trabajadores), aunque entiende que "ello no afecta" a lo planteado. Sostiene que, antes de proceder a un despido disciplinario, la empresa viene obligada a dar audiencia al delegado sindical incluso cuando el mismo no tiene los derechos del artículo 10.3 LOLS.

Sostiene que el artículo 55 ET no introduce distinciones en el tipo de delegado sindical que deba ser escuchado antes del despido y que se vulnera ese precepto, además de otros constitucionales (arts. 14 y 28.1) e internacionales (art. 5 del Convenio 135 OIT).

Considera que la posición acogida por la Sala de Málaga es restrictiva y convierte en excepcional la aplicación de una importante garantía.

4. Impugnación al recurso.

Con fecha 24 de enero de 2017, debidamente asistida, la representante de la empresa presenta su escrito de impugnación al recurso.

Invoca sentencias con arreglo a las cuales la audiencia del delegado sindical no es preceptiva cuando el mismo no posee las facultades contempladas en la LOLS.

5. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 22 de febrero de 2017 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe pedido por el artículo 226.3 LRJS.

Considera que las sentencias contrastadas superan la contradicción exigida por el artículo 219.1 LRJS y que los términos del artículo 55.1 ET no permiten la interpretación restrictiva asumida por la sentencia recurrida. El recurso, por tanto, debiera prosperar.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas debe ser evidenciada por el recurso de casación unificadora que se interponga. De ahí que debamos examinarla, aunque los escritos del Ministerio Fiscal y de la empresa impugnante no la cuestionen.

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un



Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTs 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTs 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

2. Sentencia referencial.

Para cumplir con el contraste entre resoluciones judiciales, la recurrente selecciona la STSJ Comunidad Valenciana 1181/2011 de 14 de abril de 2011 (rec. 751/2010). La sentencia desestima el recurso del trabajador y confirma la declaración de improcedencia de su despido.

El actor prestaba servicios como conductor para una empresa concesionaria del servicio de limpieza viaria en un Ayuntamiento. Fue despedido por ofensas verbales y físicas.

Consta la constitución de una sección sindical de CNT y que el trabajador estaba afiliado, dato que conocía la empresa.

La sentencia considera que el despido no es nulo porque no se han presentado indicios que impliquen la inversión de la carga de la prueba pero sí improcedente por no haberse dado audiencia al delegado sindical de la sección sindical de CNT, aunque ésta no cumpliera con los requisitos del citado precepto de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Invoca en apoyo de su tesis la STS 7 julio 2005 (rec. 5200/2003) donde se pone de relieve que no cabe confundir el trámite de audiencia al delegado sindical con la notificación del acuerdo empresarial de despedir.

3. Concurrencia de la contradicción.

Concurren los requisitos de contradicción para admitir el recurso, por cuanto en ambos casos nos encontramos con trabajadores de empresas concesionarias de un servicio público, afiliados a sindicatos que tiene constituida sección sindical en la empresa que no cumple con los requisitos del artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y que han sido despedidos disciplinariamente.

Mientras la sentencia recurrida considera que la falta de audiencia al delegado sindical no es causa de improcedencia, la sentencia de contraste considera lo contrario.

Existente la contradicción, por tanto, hemos de abordar la cuestión acertadamente suscitada por el recurso.

TERCERO.- Preceptos aplicables.

Someramente citados ya al exponer los términos del recurso de casación, interesa ahora examinar con cierto detalle los preceptos cuya vulneración denuncia.

1. Constitución española.

Considera el recurrente que la sentencia dictada por la Sala de Málaga vulnera lo previsto en el artículo 28.1 de la Constitución, cuando reconoce el derecho a la libertad sindical:

"Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato".

Asimismo, al tratarse de modo diverso a quienes están afiliados a organizaciones que han constituido sección sindical cuya empresa posea menos de 250 trabajadores, se está desconociendo la exigencia del artículo 14 CE, cuando proscribe las discriminaciones:



"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

2. Convenio 135 de la OIT.

La invocación que se realiza respecto del citado Convenio de la OIT se justifica porque, al entender del recurso, la interpretación acogida supone la eliminación de la actividad sindical en centros de trabajo de menos de 250 trabajadores. En ese sentido, se apunta a lo previsto en su artículo 5º:

"Cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes".

3. Ley Orgánica de Libertad Sindical.

El artículo 8º LOLS permite la constitución de secciones sindicales y lo que el recurrente reclama es que ala constituida por CGT se le permita la acción sindical:

"Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo:

a) *Constituir Secciones Sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato. [...]"*.

El artículo 10.1 LOLS contempla la figura del delegado sindical, representante de la organización en la empresa, trazando sus perfiles en los siguientes términos:

"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".

El artículo 10.3 LOLS atribuye competencias o prerrogativas a determinados delegados sindicales:

"Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo:

1.º Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda.

2.º Asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, con voz pero sin voto.

3.º Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos".

4. Estatuto de los Trabajadores.

Realmente el eje central del debate vine constituido por la previsión del artículo 55.1 ET ("Forma y efectos del despido disciplinario"), cuyo cuarto párrafo dice así:

"Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato".

CUARTO.- Doctrina relevante.

Expuestos los preceptos que enmarcan el debate, e inmediatamente antes de proceder a su resolución, interesa recordar algunos criterios jurisprudenciales que inciden sobre el mismo.

1. Doctrina sobre los artículos 55.1 ET y 10.3.3º LOLS .

La STS (Pleno) 14 junio 1988 (ECLI:ES:TS: 1988: 4555), examinando si la infracción del trámite de audiencia al delegado sindical comporta la ilicitud del despido (entonces nulidad por razón de forma), concuerda el derecho de la representación unitaria ("ser informado") y el de la sindical (ser oídos):



De ahí que no sea ajeno a la literalidad del art. 10.3.3 pensar que cuando éste termina, « y especialmente los despidos y sanciones de estos últimos», el «y especialmente» con la coma que le precede, es un desafortunado modo de excluir el ser oídos en los despidos y sanciones del «previamente» exigido en los otros supuestos.

La STS 25 junio 1990 (ECLI:ES:TS:1990: 4908), resolviendo recurso de casación por infracción de ley, examina el alcance de la audiencia conferida por la LOLS:

"El artículo 10.3.3º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical no establece la audiencia previa de cualquier organización sindical en los despidos de sus afiliados, sino la de los delegados sindicales que se designen en las condiciones previstas en el número 1 del artículo citado".

La STS 19 septiembre 1990 (ECLI:ES:TS:1990: 10587), examinando el cumplimiento del trámite de audiencia contemplado en la LOLS señala lo siguiente:

"Para que sea apreciable la exigencia de la audiencia del delegado del sindicato en los despidos de trabajadores afiliados es necesario que se haya acreditado que en la empresa ha sido designado tal delegado en las condiciones previstas en el precepto que se invoca y este dato no consta en la sentencia recurrida, ni ha sido objeto de la correspondiente prueba".

La STS 23 mayo 1995 (rec. 2313/1994) examina en qué casos procede el trámite de audiencia de la LOLS y reflexiona así:

"El precepto legal que establece la audiencia previa del delegado del sindicato al que está afiliado el trabajador despedido o sancionado constituye una garantía singular del trabajador sindicado que no tiene cualquier otro trabajador despedido o sancionado, y que encuentra su razón de ser en las conveniencias apreciadas por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario, a cuyo riesgo de abuso pueden resultar más vulnerables. La defensa sindical preventiva del trabajador afiliado frente a tal facultad sancionadora no debe alcanzar a las extinciones derivadas de otras causas no disciplinarias...".

La STS 10 noviembre 1995 (rec. 3123/1994), unificando la doctrina sobre incidencia del tiempo dedicado a solventar la audiencia al delegado sindical sobre la prescripción a efectos sancionadores, expone lo siguiente:

"El precepto establece únicamente la exigencia de que el delegado sea oído previamente a los despidos de los afiliados y, aunque la finalidad de esta medida no es sólo el proporcionar una información general, sino permitir la adecuada protección del trabajador afiliado, tal protección no se realiza propiamente en ese trámite, que no se configura como un procedimiento disciplinario previo en sentido formal, sino en todas las actuaciones posteriores de impugnación del despido, en las que el sindicato, conociendo los hechos, puede ofrecer su apoyo al trabajador".

La STS 11 abril 2001 (rec. 1672/2000) resume y unifica doctrina acerca de las competencias propias de quienes representan al sindicato cuando no se cumplen los requisitos del artículo 10.1 LOLS :

a) *A falta de acuerdos específicos, la empresa solamente tiene la obligación de reconocer a los delegados sindicales las garantías y derechos «ex» art. 10.3 LOLS de concurrir los presupuestos del art. 10.1 LOLS y con relación a un número concreto de delegados en atención a la dimensión de su plantilla;*

b) *El art. 10.1 LOLS , en cuanto exige para la designación de delegados sindicales que la empresa o el centro de trabajo tenga un determinado número de trabajadores, no es contrario al derecho de libertad sindical, así como que el hecho de que determinadas Secciones Sindicales no pueden contar por imperativo legal con un delegado de los previstos en el art. 10 LOLS no impide en modo alguno el ejercicio de los derechos de los arts. 8 y 9 LOLS por sus respectivos titulares, lo que no ha sido negado o impedido en el presente caso por la empresa demandada;*

c) *Los derechos, facultades y garantías «ex» art. 10.3 LOLS son creación de la Ley y deben ser necesariamente ejercitados en el marco de su regulación legal, pudiendo la empresa controlar los presupuestos «ex» art. 10.3 en orden a la asunción de las cargas y costes que le suponen las correlativas ventajas y prerrogativas de determinados delegados sindicales [...]"*.

La STS 7 junio 2005 (rec. 5200/2003), citando otras previas, aborda el tema referido a la duración del trámite de audiencia y repasa su finalidad:

"Articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado que pudiera dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario o a adoptar medidas que pudieran influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada y a suministrar información al empresario sobre determinados aspectos o particularidades de la conducta y de la situación del trabajador afectado".



La STS 12 julio 2006 (rec. 2276/2005) examina las exigencias del artículo 55.1 ET respecto del punto de vista de su duración, hace balance de la doctrina sentada al respecto y reitera la que debe considerarse como unificada:

"Es de apreciar un paralelismo entre esta garantía del trabajador afiliado y la garantía legal del expediente contradictorio de los representantes de los trabajadores [art. 68.a ET], pues en ambos supuestos «se trata de una protección reforzada de determinados trabajadores por razones sindicales», «de garantías legales que no tienen en principio un límite de vencimiento temporal preestablecido» y que «se articulan para una defensa preventiva de los intereses del trabajador que puede dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario», debiendo invertirse en el mismo un plazo «razonable», pues se trata de un «trámite destinado a influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada, y sin cuyo cumplimiento el despido disciplinario es declarado improcedente, de acuerdo con el art. 55.4 del ET »".

La STS 31 mayo 2007 (rec. 640/2006) aborda un recurso de unificación en el que las dos sentencias enfrentadas contemplan supuestos muy semejantes de despido de un miembro de un Sindicato sin que en ninguno de los dos casos se produjera la audiencia previa al delegado sindical exigida por el art. 55.1 ET . Para declinar el examen de la cuestión, por falta de contradicción, razona así:

Dicha audiencia requiere que exista en el centro de trabajo ese delegado sindical al que hay que oír y dicho delegado no lo tienen todas las secciones sindicales sino solamente aquéllas que reúnan las exigencias del art. 10.1 de la LOLS , o sea con centro de trabajo superior a 250 trabajadores y tengan presencia en el comité de empresa, a salvo otras previsiones resultantes de mejoras derivadas de convenio colectivo pues son estos "delegados sindicales" y no cualquier otro "representante o vocero" de otras secciones con menor representatividad los que tienen reconocido el derecho a "ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a...los afiliados a su sindicato...y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos" como específicamente se contempla en el art. 10.3.3º de la propia LOLS .

2. Doctrina sobre clases y prerrogativas de las secciones y delegados sindicales.

La STS 129/2018 de 8 febrero (rec. 274/2016) resume y reitera lo expuesto en otros muchos casos acerca del modo en que ha de interpretarse la regulación de las secciones sindicales y el nombramiento de delegados.

La jurisprudencia aplicable para resolver el primer motivo de recurso viene sosteniendo que el sindicato puede organizar libremente la estructura representativa que desea implantar en la empresa, en particular, a nivel de centros de trabajo o de la empresa en su conjunto, y si la sección sindical se establece a nivel de empresa ese mismo ámbito es el que ha de tomarse en cuenta para determinar su derecho a designar delegado sindical al amparo del artículo 10.1 LOLS . La exigencia legal de presencia "en los comités de empresa" va referida al ámbito en que se organiza la sección sindical.

En los numerosos casos que cita el debate tiene como trasfondo la existencia de una regulación diferenciada de derechos y obligaciones para las secciones sindicales y los delegados por ella nombrados.

3. Jurisprudencia constitucional relacionada.

En diversas ocasiones el Tribunal Constitucional ha explicado que la empresa no está obligada a reconocer como delegado sindical al representante de la sección sindical que no cumple con los requisitos del art. 10 LOLS , sin que haya en ello vulneración de la libertad sindical, entre otras cuestiones, porque muchas de las prerrogativas que la Ley asigna a dichos delegados consisten en prestaciones por parte de la empresa. En tal sentido puede verse, por ejemplo, las SSTC 84/1989, de 20 de mayo y 292/1993, de 18 de octubre .

El sindicato ostenta la facultad de elegir o designar representantes o delegados que actúen en defensa de los afiliados, tengan o no las secciones sindicales afectadas presencia en la representación unitaria de la empresa. Pero eso no implica que tales representantes posean las competencias asignadas por la LOLS, como advierte la STC 201/1999, de 8 noviembre

El hecho de que determinadas secciones sindicales no puedan contar por imperativo legal con un delegado de los previstos en el art. 10 LOLS , no impide en modo alguno el ejercicio de los derechos de los arts. 8 y 9 LOLS por sus respectivos titulares. En tal sentido, SSTC 173/1992, de 29 octubre y 168/1996, de 29 octubre .

El art. 10.1 LOLS (exigiendo para la designación de delegados sindicales que la empresa o el centro de trabajo tenga un determinado número de trabajadores) no es inconstitucional pues "que determinadas Secciones Sindicales no pueden contar por imperativo legal con un delegado de los previstos en el art. 10 LOLS no impide en modo alguno el ejercicio de los derechos de los arts. 8 y 9 LOLS por sus respectivos titulares" (STC 173/1992 de 29 octubre).



Dados los términos del artículo 10 LOLS no podrá ser beneficiario del derecho, ni de las facultades y garantías al mismo anudadas, una Sección Sindical que no acredita aquella presencia. Lo que no quiere decir, en modo alguno, que el Sindicato pierda "su cualidad de tal" ni tampoco que vea reducidos "los derechos que por tal cualidad le corresponden por formar parte del contenido esencial de la libertad sindical" (STC 37/1983).

El derecho que tienen determinadas secciones sindicales de empresa a estar representadas por delegados sindicales, con las competencias y garantías de su art. 10.3 LOLS , que suponen paralelas obligaciones y cargas para el empleador (SSTC 61/1989 y 84/1989), no integra el contenido esencial del derecho de libertad sindical, sino que forma parte del llamado contenido adicional.

El delegado sindical de la LOLS no es una figura impuesta por la Constitución ni se incluye en el contenido esencial del derecho de libertad sindical, que continúa siendo reconocible aunque no todos los sindicatos ostenten el derecho a estar representados por delegados sindicales en los términos de la LOLS. Se trata, en consecuencia, de un derecho de origen legal, cuya configuración y límites corresponde determinar al legislador o, en su caso, a la negociación colectiva, como permite expresamente el art. 10.2 LOLS (SSTC 173/1992 , 188/1995 y 145/1999).

4. Recapitulación.

En los pasajes anteriores encontramos las claves para la resolución del interrogante que nos ocupa.

A) La doctrina constitucional presupone que no todos los delegados sindicales poseen los mismos derechos y facultades, siendo ello acorde con la Constitución.

B) Nuestra doctrina siempre ha concordado los artículos del ET y de la LOLS a la hora de establecer el alcance de la audiencia previa al despido que debe darse al delegado sindical.

C) 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), siendo ello determinante a la hora de precisar el volumen de la plantilla y el tipo de delegado sindical que puede designar.

D) Solo los delegados de las secciones que cumplen los requisitos del artículo 10.1 LOLS poseen las competencias legalmente asignadas en ese precepto u otros concordantes.

E) Aunque no hemos sentado doctrina unificada respecto de la cuestión controvertida, las aproximaciones al problema que hemos hecho inclinan a pensar que la audiencia al delegado sindical contemplada en el artículo 55.1 ET va referida a la figura regulada en el artículo 10.3 LOLS .

QUINTO.- Resolución.

A partir de cuanto queda expuesto ya puede accederse a la resolución del recurso, que vamos a desestimar en coherencia con las premisas normativas y doctrinales precedentes.

A) Debemos reiterar tres observaciones importantes que acotan el tipo de problema abordado.

Primera: conforme a los hechos probados y a cuanto indica la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, nos encontramos con una sección sindical en empresa con menos de 250 trabajadores.

Segunda: en ningún momento se ha cuestionado la capacidad de la CGT para decidir el modo en que se organiza dentro de la empresa o el cauce a cuyo través desea aparecer representada (ha designado trece delegados).

Tercera: de las diversas cuestiones desarrolladas en el recurso de suplicación (nulidad de la sentencia, admisibilidad de la prueba presentada como pericial, indicios de nulidad del despido, ausencia de causa que justifique la procedencia) ahora solo se mantiene la referida a la improcedencia del despido por no haberse cumplido el trámite previo de audiencia al delegado sindical.

B) El artículo 55.1 ET prescribe que, en caso de despido disciplinario, el empresario debe "dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato".

Se trata de previsión ausente de la versión originaria de dicho texto legal, aprobada mediante Ley 8/1980. La Ley 11/1994, de 19 de mayo, reforma numerosos preceptos del ET, incluyendo el dedicado a la "forma y efectos del despido disciplinario", introduciendo el párrafo sobre audiencia al delegado sindical.

Como se observa, el trámite de audiencia al delegado sindical se introduce solo una vez que la figura ya ha sido incorporada a nuestro Derecho por mandato de la LOLS. Se trata de un poderoso argumento a favor de la tesis que estamos acogiendo: la norma sobre garantías del despido solo ha establecido un trámite de audiencia a favor de los delegados sindicales cuando ya existe un concepto legal acerca de los mismos.



C) Junto al argumento histórico debemos aludir asimismo al sistemático, es decir, a la toma en consideración del ordenamiento jurídico en su conjunto (art. 9.1 CE).

La referencia a los "delegados sindicales" contenida en la Ley que regula las garantías en caso de despido disciplinario no viene acompañada de mayor precisión en ella. 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 artículo 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 artículo 10.1 LOLS son las que deben ser oídas antes del despido disciplinario que afecte a cualquiera de sus afiliados.

D) La interpretación del artículo 55.1 ET , por razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) ha de ajustarse a cuanto hemos manifestado en anteriores ocasiones, bien que fuera a los efectos de poner de relieve la diferencia entre unos y otros casos.

La citada STS 31 mayo 2007 (rec. 640/2006) advierte que el trámite de audiencia solo cabe cuando existe el delegado sindical que "no lo tienen todas las secciones sindicales sino solamente aquéllas que reúnan las exigencias del art. 10.1 de la LOLS ".

E) Sostiene la sentencia referencial que la literalidad incondicionada del artículo 55.1 ET conduce a una interpretación expansiva acerca del alcance de los *delegados sindicales* , puesto que la norma no diferencia tipo alguno de ellos. Se trata de doctrina errónea, tanto por las apuntadas razones (histórica, sistemática, precedentes) cuanto por la necesidad de atender a la propia redacción del precepto.

Qué sean los "delegados sindicales" y las "secciones sindicales" remite a unos conceptos que el intérprete debe rellenar siguiendo los dictados del legislador. Identificarlos con cualquier tipo de representante, portavoz, comisionado o mandatario equivale a contrariar la expresa dicción del precepto en cuestión.

Si la norma hubiera querido ser genérica, abarcando todos los supuestos de afiliados, cualquiera que sea el modo en que se organice el sindicato, no habría utilizado uso términos tan específicos como los de "secciones" y "delegados" sindicales. Si la norma hubiera querido abrir el trámite a favor de las personas afiliadas a cualquier sindicato habría residenciado la audiencia en las secciones y no en los delegados de las respectivas secciones.

F) A la vista de cuanto antecede consideramos que la sentencia recurrida alberga la buena doctrina.

Dispone el artículo 228.3 LRJS que la sentencia desestimatoria por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada acarreará la pérdida del depósito para recurrir. El fallo dispondrá la cancelación o el mantenimiento total o parcial, en su caso, de las consignaciones o aseguramientos prestados, de acuerdo con sus pronunciamientos. Puesto que en el presente caso no se han constituido tales garantías o depósito es innecesario realizar pronunciamientos sobre el particular.

Asimismo prescribe el artículo 235.1 LRJS que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social. Sin embargo, dada la condición personal del vencido, tampoco procede ahora imponerle las costas originadas por su recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Mercedes , representada y defendida por el Letrado Sr. Podadera Valenzuela.
- 2) Declarar la firmeza de la sentencia 1196/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 7 de julio de 2016, dictada en el recurso de suplicación nº 1013/2016 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 11 de febrero de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 10 de Málaga , en los autos nº 877/2015, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa Ilusión Emergencias, S.A., sobre despido.
- 3) No imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

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



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ