



Roj: **STS 4867/2012 - ECLI:ES:TS:2012:4867**

Id Cendoj: **28079140012012100495**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2012**

Nº de Recurso: **2370/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Santiago de Compostela, núm. 1, 04-10-2010,**
STSJ GAL 4518/2011,
STS 4867/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña Paloma frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 25/Mayo/2011 [recurso de Suplicación nº 276/11], formulado frente a la sentencia de 4 de octubre de 2.010 dictada en autos 309/2010 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela seguidos a instancia de Doña Paloma contra FUNDACION USC DEPORTIVA, sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de octubre de 2.010 el Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela nº 1 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en su petición subsidiaria la demanda de DESPIDO interpuesta por D/D Paloma representada por el/la Letrado/a D/Da Pedro Blanco Lobeiras frente a la entidad FUNDACION USC DEPORTIVA, bajo la asistencia letrada de D^a. Belén Lareo Lodeiro, debo declarar el despido IMPROCEDENTE, condenando a la trabajadora a que OPTE en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, entre su readmisión de inmediato en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían antes del despido, o bien optar por la extinción de la relación laboral con abono de una indemnización de 6.376,01 euros, correspondientes a 45 días de salario por año de servicio prestado, hasta la fecha del despido, y en ambos casos al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de esta sentencia en cuantía de 13.133,12 euros más el haber diario de 58,63 hasta la fecha de su notificación".

SEGUNDO .- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO.- D^a. Paloma , prestó servicios con la categoría de Administrativa, categoría 2, nivel 1, para la empresa FUNDACION USC DEPORTIVA, con una antigüedad desde el 1/06/08, en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indefinido y a tiempo completo, y con un salario mensual de :.758,99 euros, con inclusión de las pagas extras.- SEGUNDO. Estando la entidad demandada en pleno proceso de elecciones sindicales, con fecha 25.01.10 a las 12,30 horas, se constituye la Mesa y se inicia el período de exposición del censo electoral, el día 26.01.10 termina el plazo de exposición del censo electoral y se inicia el período de reclamaciones al mismo a las 20,00 horas, el día 27.01.2010 a las 13,00 horas termina el plazo de reclamación al censo y se inicia el periodo de presentación de candidaturas, el 29.01.10 a las 21,00 horas termina el plazo de presentación de candidaturas y se inicia



el periodo de reclamación a las mismas, Con fecha 1.02.10 a las 19,00 hs termina el plazo de reclamación a las candidaturas y con fecha 3.02.10 de 12,00 hasta las 16,00 horas se llevó a cabo la votación, escrutinio y proclamación de los candidatos elegidos. Una vez iniciado el primer proceso electoral, los tres sindicatos que participaban en las elecciones sindicales presentaron con fecha 29.01.10 las candidaturas, así CCOO presenta un candidato, UGT 2 candidatos(aunque constan borrados con tipex los otros candidatos que constaban) y por la CIG se presenta un candidato (el otro también aparece borrado con tipex).- TERCERO.- Con fecha 25.01.10, se solicita por un trabajador en representación del Sindicato CCOO la rectificación del censo electoral indicando con claridad quienes son electores y elegibles, Con fecha 1.02.10 0. Augusto , corno representante de la Central Sindical CCOO, impugna el proceso electoral, interesando que se dicte laudo por el cuál se confeccione otro censo electoral, en el cual se identifique en el censo a electores y elegibles. Con fecha 10.02.10 se dicta laudo arbitral por el cuál se acuerda estimar la impugnación formulada y retrotrayendo el proceso electoral al momento en que la Mesa, con los datos contenidos en el censo entregado por la empresa en la fecha de constitución de la mesa, se determine el censo electoral clarificando los electores y elegibles.- CUARTO. En el segundo proceso electoral con fecha 22.02.10 a las 13,44 se presento por la dG dos candidatos, por el sindicato UGT a las 18,55 hs se presentaron 3 candidatos, uno de ellos la actora. D Paloma , firmando la candidatura para presentarse por UGT, el mismo día en que fue objeto de despido, pero siendo presentada su candidatura con posterioridad al mismo.- CUARTO (SIC). Con fecha 22.2.10 a las 14,30 horas, se procedió al despido disciplinario de la actora por la entidad demandada, se le remitió una carta en virtud de la cual, se le comunicaba su cese por despido en los servicios que venía prestando a dicha Fundación, y ello en virtud de los hechos alegados en la carta de despido y que en aras de su brevedad damos por reproducidos, remitiéndonos a la misma íntegramente.- QUINTO. La trabajadora participo en las elecciones sindicales segundo proceso electoral) saliendo elegida el 24.02.10 en las listas presentadas por dicho sindicato UGT al cual esta afiliada con efectos desde el día 2.01.10. La mesa Electoral de la Fundación USC Deportiva con fecha 23.02.10 resuelve admitir a las 16,39 horas como candidatos a representantes sindicales a los candidatos entre los cuáles se encuentra la actora.- SEXTO.- Con fecha 23.02.10 a las 18,55 hs, el Gerente de la entidad demandada realiza una reclamación contra la aceptación de la candidatura de la actora en base a que consideraba que había dejado de ser trabajadora de la empresa con anterioridad a presentar su candidatura. Con fecha 24.02.10 a las 15,44 horas la Mesa Electoral por mayoría resuelve mantener la condición de electora y elegible de la referida trabajadora. Por laudo arbitral de 9.03.10 se desestima la impugnación realizada por el Gerente de la entidad demandada y se declara el derecho de la referida trabajadora a constar en el censo electoral del referido proceso como electora y elegible. Por la entidad demandada se impugno ante la Jurisdicción Social el referido laudo, y por sentencia de este Juzgado de fecha 6.05.10 se desatino la demanda de impugnación de] laudo arbitral en materia electoral y se confirmo el laudo arbitral de fecha 9.03.10.- SEPTIMO El 8.03.10 se formuló papeleta de Conciliación Previa ante el SHAC, celebrándose con el resultado de intentada sin efecto.- OCTAVO.- Resulta de aplicación el CC de Instalaciones Deportivas y Gimnasios.- NOVENO. La trabajadora ostenta en la actualidad la condición de representante legal de los trabajadores".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones procesales de DOÑA Paloma y FUNDACION USC DEPORTIVA, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia con fecha 25 de mayo de 2011 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que Estimando en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "Fundación USC Deportiva " contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Uno de Santiago de Compostela de fecha 4 de octubre de 2010 , debemos declarar que la opción entre la readmisión de la actora en su puesto de trabajo o la indemnización que se recoge en la parte dispositiva de la sentencia corresponde a la empresa, confirmando íntegramente los restantes pronunciamientos contenidos en la resolución recurrida".

CUARTO.- Por la representación procesal de DOÑA Paloma se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega: a) con carácter principal se solicita la declaración de nulidad del despido, señalándose como decisión de contraste la STS 24/12/90 [-rcud 2359/89 -] y acusándose la infracción de los arts. 55.5 ET , 108.2 y 179.2 LPL , en relación con diversa jurisprudencia y doctrina constitucional; y b) de forma subsidiaria, se interesa que el derecho de opción sea reconocido a favor de la trabajadora, y al efecto se señala como contradictoria la STSJ Castilla y León/Valladolid 9/07/96 [rec. 1453/96], denunciando la vulneración de los arts. 56.4 ET y 110.2 LPL , interpretados a la luz de los arts. 3 y 6.4 CC .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de junio de 2.012, en el que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La STSJ Galicia 25/05/11 [rec. 276/11] estimó parcialmente el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia JS/Uno de Santiago de Compostela 04/10/2010 [autos 309/10] y declaró que el derecho de opción entre readmisión e indemnización reconocido por la decisión de instancia a favor de la trabajadora -D^a Paloma -, correspondía a la empresa «Fundación USC Deportiva». Confirmando la declaración de improcedencia del despido por el que se accionaba.

2.- Pronunciamiento que se recurre por la trabajadora con dos motivos: a) con carácter principal se solicita la declaración de nulidad del despido, señalándose como decisión de contraste la STS 24/12/90 [-rcud 2359/89 -] y acusándose la infracción de los arts. 55.5 ET , 108.2 y 179.2 LPL , en relación con diversa jurisprudencia y doctrina constitucional; y b) de forma subsidiaria, se interesa que el derecho de opción sea reconocido a favor de la trabajadora, y al efecto se señala como contradictoria la STSJ Castilla y León/Valladolid 9/07/96 [rec. 1453/96], denunciando la vulneración de los arts. 56.4 ET y 110.2 LPL , interpretados a la luz de los arts. 3 y 6.4 CC .

3.- La adecuada resolución del debate que se suscita en este trámite impone la exposición previa del resumen de los hechos declarados probados: a) a las 12,30 horas del 25/01/10 se inició en la empresa demandada proceso electoral que fue anulado por Laudo arbitral de 10/02/10; b) se inició segundo proceso electoral el 22/02/10; c) a las 14,30 horas de ese mismo día 22/02/10 la demandante fue despedida por razones disciplinarias; d) a las 18,55 horas -también del mismo día 22/02/10- el Sindicato UGT presentó sus candidatos y entre ellos la actora; e) a las 16,39 horas del 23/02/10, la Mesa Electoral admitió las candidaturas presentadas y entre ellas la de la actora; e) acto continuo, a las 18,55 horas de ese mismo día, el Gerente de la entidad demandada impugnó la aceptación de la candidatura de la Sra. Paloma , lo que fue rechazado sucesivamente por la Mesa Electoral [15,44 horas del 24/02/10], Laudo arbitral [09/03/10] y la jurisdicción social [06/05/10]; f) «la empresa no conocía la intención de la actora de presentarse a las elecciones sindicales hasta el momento de presentación de las candidaturas»; g) la sentencia de instancia declara la improcedencia del despido por considerar que si bien en gran medida se han acreditado las imputaciones efectuadas en la carta de cese, de todas formas entiende que no revisten gravedad suficiente para justificar el despido; y h) el TSJ confirma este pronunciamiento, si bien también razona al efecto no sólo la falta de gravedad suficiente de los hechos acreditados, sino también el insubsanable defecto formal de falta de la debida concreción en la exposición de las imputaciones.

SEGUNDO.- 1.- El art. 217 LPL exige -para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que esa discordancia se manifieste en la parte dispositiva de las sentencias, al contener pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Exigencia en cuyo alcance hemos precisado que se trata de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales y que la exigible identidad ha de establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en Suplicación, de forma que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes, en tanto que la igualdad requerible ha de producirse en el debate jurídico (entre tantas otras precedentes, SSTS 20/03/12 -rcud 1830/11 -; 02/04/12 -rcud 2951/11 -; y 16/04/12 -rcud 2402/11 -).

2.- Sirva esta introducción jurisprudencial para justificar que no admitamos el primero de los motivos, siendo así que el objeto de debate en el caso de autos es la protección del derecho de libertad sindical solicitada por una candidata en proceso de elecciones y que si bien en esta materia la prevalencia de los derechos fundamentales y la dificultad probatoria de toda vulneración en el marco de amplias facultades directivas determinan la inversión de la carga de la prueba, de todas formas para que opere este desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme el carácter discriminatorio o represaliante de la medida empresarial [STC 266/1993, de 20/Septiembre , FJ 2), sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquella [la vulneración constitucional] se haya producido» [SSTC 114/1989, de 22/Junio, FJ 5 ; 85/1995, de 6/Junio, FJ 4 ; 144/2005, de 6/Junio, FJ 3 ; y 171/2005, de 20/Junio , FJ 3], que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» [STC 207/2001, de 22/Octubre , FJ 5] o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o represaliante de los que surja la sospecha vehemente de esa censurable actitud empresarial, sin que sea suficiente la mera afirmación por el afectado [por todas, STC 308/2000, de 18/Diciembre , FJ 3] (SSTC 38/1981, de 23/Noviembre ... 168/2006, de 5/Junio, FJ 4 ; 342/2006, de 11/Diciembre, FJ 4 ; 183/2007, de 10/Septiembre, FJ 4 ; 92/2008, de 21/Julio, FJ 3 ; y 125/2008, de 20/Octubre . Y SSTS 22/01/08 -rcud 1092/07 -; 03/06/08 -rcud 834/07 -; 03/11/08 -rcud 2637/07 -; 29/05/09 -rcud 152/08 -; y 14/04/11 -rco 164/10 -).



Y precisamente por ello, es afirmación reiterada de la Sala que «... en materia de valoración de los indicios que puedan dar pie a la apreciación de la vulneración de algún derecho fundamental de los trabajadores, tienen indiscutible importancia no sólo los hechos, sino incluso también las circunstancias concurrentes en ellos; de modo que cualquier divergencia entre los hechos y circunstancias de cada caso, puede justificar perfectamente que se adopten distintas decisiones, tal como ha venido señalando la doctrina de esta Sala» (SSTS 14/06/01 -rcud 1992/00 - ... 14/10/10 -rcud 1787/09 -; 14/10/10 -rcud 3071/09 -; y 15/10/10 -rcud 1820/09 -).

Pues bien, en el examen comparativo de las sentencias a contrastar en el primer motivo del recurso, aparte de muchas otras diferencias de hecho existe una sola -tal como acertadamente pone de manifiesto el Ministerio Fiscal- que por sí ya es decisiva a los efectos de que tratamos, cual es la que de que en la hoy recurrida se declara probado [en el cuarto de los fundamentos de Derecho, pero con innegable valor fáctico: recientes, SSTS 26/06/08 -rco 18/07 -; 12/05/09 -rcud 2153/07 -; 21/12/10 -rco 208/09 -; 27/09/11 -rco 134/10 -; y 22/12/11 -rco 216/10 -] que «la empresa no conocía la intención de la actora de presentarse a las elecciones sindicales hasta el momento de presentación de las candidaturas», en tanto que en la decisión referencial se afirma que «la empresa, al decidir el despido, conocía la candidatura del trabajador al que despedía» y «siendo ello así, se ha de convenir que la actuación empresarial incidió negativamente en el derecho de libertad sindical del hoy recurrente, al impedirle su presentación como candidato ... sin que hubiera motivos disciplinarios que fundaran su decisión extintiva». Diferencia de supuestos de hecho que justifica la diversidad de pronunciamientos judiciales e impide que entre ellos pueda apreciarse la exigible contradicción.

TERCERO.- 1.- Muy contrariamente ha de entenderse que concurre el requisito de que tratamos en el caso del segundo motivo, puesto que en la STJ Castilla y León/Valladolid 09/07/1996 [rec. 1453/96], se atribuye el derecho de opción al trabajador cuyo despido fue declarado improcedente, aún siendo así que la decisión extintiva se había producido el 09/02/96 y la presentación del trabajador como candidato había tenido lugar en fecha inconcreta pero posterior al 13/02/96 [acto de constitución de la Mesa Electoral], de forma que incluso podríamos hablar de contradicción «a fortiori» (SSTS 22/05/97 -rcud 3930/96 - ... 30/05/11 -rcud 2598/10 -; 28/11/11 -rcud 107/11 -; 07/12/11 -rcud 777/11 -; y 27/02/12 -rcud 1563/11 -), habida cuenta de que en autos el despido había precedido a la presentación de la candidatura en pocas horas y no en días como en el caso referencial, que justifica su criterio argumentando que la garantía contenida en el art. 56.4 ET , no sólo se halla establecida a favor del representante, sino de sus propios representados.

2.- El cumplimiento del requisito de contradicción no impide que el motivo haya de ser desestimado, pero por razones de fondo y de acuerdo a consolidada doctrina de la Sala. Para la misma -oportunamente reproducida por la sentencia recurrida- el derecho que confiere el art. 56.4 ET -de optar entre la readmisión y la indemnización en el concreto supuesto de despido declarado judicialmente improcedente- no solamente corresponde a quien en el momento del despido fuera «un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical», sino que igualmente ha de atribuirse al presentado o proclamado como candidato a la elección de representante de los trabajadores, pues una interpretación acorde a la realidad social [art. 3 del Código Civil] de la expresión «representantes legales de los trabajadores» impone que deba comprender también a los candidatos proclamados que hayan resultado electos, siendo así que «una interpretación restrictiva pudiera llevar a un fraude de ley tendente a evitar acceso a la condición de representantes de quienes fueron elegidos en elecciones regularmente celebradas» (SSTS 22/12/89 Ar. 9258 ; 20/06/00 -rcud 3407/99 -; 30/10/00 -rcud 659/00 -; 02/12/05 -rcud 6380/03 -; y 28/12/10 -rcud 1596/10 -). En palabras de la resolución dictada en último lugar - STS 28/12/10 -rcud 1596/10 - , «... la protección que el art. 56.4 del E.T . da a los representantes de los trabajadores cubre también a aquellos empleados cuya candidatura electoral no se haya presentado formalmente antes de su despido, siempre que el proceso electoral este iniciado, la *empresa conozca su condición de candidato* y haya resultado elegido tras el cese. La razón que apoya esta solución es la misma que funda la protección del candidato proclamando o presentado: si a estos se les protege para evitar las injerencias de la empresa en el proceso electoral iniciado, cuando ella conoce su condición de candidatos, también debe protegerse al candidato que aunque no ha sido presentado formalmente, la empresa conoce que lo va a ser. La identidad de razón lleva a aplicar la misma regla para evitar injerencias empresariales en el proceso electoral, siempre, claro esta, que el proceso electoral se haya iniciado y que el candidato haya resultado elegido». Y como aclara la misma sentencia «conviene destacar que esta doctrina es aplicable a los supuestos de declaración judicial de despido improcedente, esto es cuando ya se ha descartado la existencia de un móvil sindical o discriminatorio».

3.- Y es justamente esa alusión a la finalidad de «evitar injerencias empresariales en el proceso electoral» y la de evitar el fraude de ley que impida el acceso a la condición de representante de quienes «fueron elegidos en elecciones regularmente celebradas» la que si bien lleva a extender la garantía al mero candidato aunque no se haya presentado formalmente, en todo caso impone la exigencia -razonable- de que el hipotético autor de la injerencia o fraude tenga conocimiento de aquella cualidad de aspirante a la representación de los trabajadores, pues sin ese componente subjetivo decae la posible intencionalidad -lesiva del derecho



fundamental- de interferencia en el proceso. Y aunque se presente sugestiva la tesis mantenida por la sentencia de contraste, considerando que la garantía opera de forma objetiva y por el mero hecho de la elección como representante, lo cierto es que tal interpretación no se ajusta no sólo a los términos del art. 56.4 ET y al texto interpretativo que significa la Recomendación OIT nº 143 -III, 7.1- (STC 138/1981, de 23/Noviembre , FJ 4), sino que no se ajusta a la eficacia extintiva del acto de despido, que finaliza el contrato de trabajo sin que deba esperarse a la resolución judicial para que dicha extinción se produzca (entre tantas otras anteriores y posteriores, SSTS SG 31/01/07 -rcud 3797/05 -; 16/01/09 -rcud 88/08 -; 30/03/10 -rcud 2660/09 -; 10/11/10 -rcud 3693/09 -; y 08/11/11 -rcud 767/11 -); y de esta forma, no puede aceptarse que la protección -garantía- pueda alcanzar a quien se presenta candidata cuando ya no era trabajadora de la empresa, por haber sido despedida por razones disciplinarias cuando la empresa no tenía conocimiento de su intención de presentarse a las elecciones y -por lo mismo- era excluible todo propósito de injerencia en el proceso electoral en marcha; como tampoco consta que algo lo hiciese sospechar, habida cuenta de que incluso no se había presentado en el inmediatamente anterior proceso anulado. Las conjeturas que al efecto se hacen en el recurso -pretendiendo otra conclusión- no tienen valor alguno, en tanto que carecen del necesario soporte en los HDP y tampoco pueden variarlos en este recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina (SSTS 04/10/91 -rcud 34/91 - ... 31/01/11 -rcud 855/09 -; 18/07/11 -rcud 2049/10 -; 27/09/11 -rcud 4299/10 -; y 05/12/11 -rcud 905/11 -).

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña Paloma y confirmamos/revocamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en fecha 25/Mayo/2011 [recurso de Suplicación nº 276/11], que a su vez había estimado parcialmente la resolución - estimatoria en parte- que en 04/Octubre/2010 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Santiago de Compostela [autos 309/10] frente a la demandada «FUNDACIÓN USC DEPORTIVA».

Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.