



Roj: **STS 1809/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1809**

Id Cendoj: **28079149912023100019**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **25/04/2023**

Nº de Recurso: **4371/2019**

Nº de Resolución: **295/2023**

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

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Barcelona, núm. 9, 07-03-2019.,
STSJ CAT 7172/2019,
STS 1809/2023**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4371/2019

Ponente: Excm. Sra. D.ª Concepción Rosario Ureste García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 295/2023

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.ª María Luz García Paredes

D.ª Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio García-Perrote Escartín

En Madrid, a 25 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ramón , D. Mateo y D. Rogelio , representados y asistidos por el Letrado D. Jonathan Gallego Montalbán, contra la sentencia dictada el 6 de septiembre de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación nº 3157/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Barcelona en autos núm. 997/2018, seguidos a instancia de los ahora recurrentes contra la mercantil Servicios Logísticos Martorell Siglo XXI y en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido como parte recurrida Servicios Logísticos Martorell Siglo XXI, representada y asistida por el Letrado D. Lluís Sanllehi Durán.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de marzo de 2019 el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- Los demandantes prestaban servicios para la empresa demandada con las condiciones de antigüedad y categoría que establece el hecho primero de la demanda. Se dan aquí por reproducidas las nóminas de 2018. Todos son afiliados a CCOO, miembros del Comité de empresas. El Sr. Rogelio también es delegado sindical.

2º.- En fecha de 2 de agosto de 2018 los demandantes fueron despedidos por motivos disciplinarios. Los demandantes han formulado acción de despido nulo o subsidiariamente improcedente.

3º.- Los demandantes en fecha de 4 de junio de 2018 y en fecha de 31 de octubre de 2018 solicitaron el acceso al centro de trabajo para asistir a las reuniones del Comité de empresa aunque estén despedidos mientras dure la tramitación del proceso. En virtud de misivas de 4 de septiembre de 2018 y de 5 de noviembre de 2019 que se dan aquí por reproducidas la empresa negó el acceso al centro de trabajo.

4º.- Los actores presentaron denuncia ante la Inspección de trabajo quien en fecha de 22 de octubre de 2018 emitió un requerimiento a la empresa demandada que se da aquí por reproducido en el que se instaba a la empresa demandada a fin de que garantice el respeto a los derechos de sindicales de los trabajadores.

5º.- En las reuniones celebradas se ha procedido a la sustitución de los actores por otros miembros de CCOO. Se dan aquí por reproducidas las actas de las reuniones. Los actores son miembros del Comité de Huelga convocada para el 11 de diciembre de 2018."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimo la demanda presentada por Rogelio , Mateo y Teofilo contra Servicios Logísticos Martorell Siglo XXI, y en consecuencia absuelvo a los demandados de los pedimentos habidos en su contra."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por los trabajadores demandantes ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 6 de septiembre de 2019, en la que consta el siguiente fallo:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Rogelio , Mateo y Teofilo contra la sentencia dictada, en fecha 7 de marzo de 2019, por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Barcelona en los autos núm. 997/18, seguidos a instancia de los actores, ahora recurrentes en materia de tutela de derechos fundamentales, frente a la empresa Servicios Logísticos Martorell Siglo XXI y, en su consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia de instancia."

TERCERO.- Por la representación de D. Ramón y otros 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), los recurrentes proponen como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 4 de julio de 1994, (rollo 59/1994).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8 de septiembre de 2020 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.

No habiendo presentado escrito de impugnación la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose inicialmente para votación y fallo el día 31 de enero de 2023, procediéndose en la mencionada fecha a suspender el señalamiento para, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 LO del Poder Judicial, acordar el debate del asunto por el Pleno de la Sala, señalándose a tal efecto para votación y fallo el día 19 de abril de 2023, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión nuclear planteada por los actores consiste en declarar el derecho a poder ejercer la condición de representantes de los trabajadores mientras no recaiga sentencia judicial firme que declare la

procedencia de los despidos disciplinarios acordados por la empresa Servicios Logísticos Martorell Siglo XXI. Es decir, determinar si se ha producido vulneración del art. 67.3 ET y de la libertad sindical, por la actuación de la mercantil negando el acceso a sus instalaciones a trabajadores, miembros del Comité de Empresa, que han sido despedidos disciplinariamente y cuyos despidos han sido impugnados en vía judicial.

Combaten así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de septiembre de 2019 (RS 3157/19), confirmatoria de la de instancia que desestimó la demanda de tutela de derechos fundamentales.

Los datos fácticos revelan que los demandantes son todos afiliados a CCOO, miembros del Comité de Empresa y uno de ellos delegado sindical. En fecha 2 de agosto de 2018 fueron despedidos por motivos disciplinarios, formulando acción de despido nulo o subsidiariamente improcedente. En fecha de 4 de junio (debe entenderse septiembre) de 2018 y de 31 de octubre de 2018 solicitaron el acceso al centro de trabajo para asistir a las reuniones del Comité de Empresa, aunque estuviesen despedidos y mientras durase la tramitación del proceso. La empresa, el 4 de septiembre de 2018 y de 5 de noviembre de 2018, negó ese acceso. Los actores presentaron denuncia ante la Inspección de Trabajo quien en fecha de 22 de octubre de 2018 emitió un requerimiento a la demandada a fin de que garantizase el respeto a los derechos sindicales de los trabajadores. En las reuniones celebradas se ha procedido a la sustitución de los demandantes por otros miembros de CCOO. Los anteriores fueron miembros del Comité de Huelga convocada para el 11 de diciembre de 2018.

La Sala de suplicación argumenta que la relación laboral se extingue con el despido por sus efectos constitutivos, sin perjuicio de que, posteriormente, pueda la relación laboral y las funciones anejas por la condición de representantes de los trabajadores rehabilitarse por una sentencia que declare nula o improcedente la decisión empresarial de extinguir aquella. Añade que la empresa no se ha negado a reconocer a los recurrentes la condición de representantes de los trabajadores puesto que siguen ejerciendo sus derechos -son miembros del comité de huelga (hecho probado 5º)- y la decisión de negar la entrada en las instalaciones se basa precisamente en la medida del despido acordada al no pertenecer a la plantilla de la mercantil.

2. Por el Ministerio Fiscal se ha informado la desestimación del recurso casacional ante la carencia del presupuesto de identidad esencial.

No se ha presentado escrito de impugnación por la parte recurrida.

3. Necesariamente hemos de adicionar en esta fase de planteamiento del litigio una circunstancia más, inherente a la necesidad de que los órganos judiciales deben conocer sus propios pronunciamientos (STC 161/1984, de 16 de octubre, SSTS 202/2018, de 23 de febrero y 29 de enero de 2019, rec. 33/2017). Por Auto de esta Sala IV de fecha 16 de febrero de 2022 (rcud. 1594/2021) se declaró la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los mismos demandantes, y la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en el procedimiento de despido disciplinario. Esta resolución había calificado sus despidos de procedentes, revocando la emitida por el juzgado de lo social que los había considerado improcedentes.

SEGUNDO.- 1. Deviene prioritario analizar el cumplimiento del referido presupuesto de contradicción que preceptúa el art. 219 LRJS. Esta norma y la jurisprudencia perfilan la necesidad de que converja una igualdad esencial, sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contrastadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. 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. Entre otras muchas, recuerdan esta doctrina las SSTS de fechas 15.11.2022, rcud 3036/2019, 23.11.2022, rcud 1306/2019 o de 30.11.2022, rcud 3800/2021.

Para sustentar la contradicción invocan los recurrentes la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Las Palmas), de 4 de julio de 1994 (RS 59/94), que estimó el recurso del trabajador y con ella la demanda por vulneración de derechos fundamentales, en particular de la libertad sindical. Allí figuraba acreditado que el actor, afiliado al sindicato CC OO, era miembro del Comité de Empresa, hasta que el 22 de octubre de 1992 fue despedido por la empresa. Por carta de fecha 5 de noviembre de 1992 la empresa le comunicó que no podía seguir formando parte del Comité de Empresa, en representación de los trabajadores, ni del Comité de Huelga, prohibiéndole entrar en las instalaciones. La Sala sostiene que aquella decisión vulnera la libertad sindical e infringe el artículo 67.3 ET puesto que el mandato de un representante sindical sólo puede ser revocado por decisión de los trabajadores que le hayan elegido, en asamblea "ad hoc" y con el condicionante que dispone, pero nunca por decisión unilateral del empresario.



2. De los hechos y pretensiones relatados se infiere la necesaria coincidencia en la identidad esencial: en ambos supuestos los actores, que ostentan la condición de representantes de los trabajadores, denuncian la actuación empresarial que les niega el acceso a las instalaciones para el ejercicio de dicha actividad en razón a que han sido despedidos. Sostienen los demandantes, citando en los dos casos el art. 67.3 ET, que no pierden la condición de representantes de los trabajadores y pueden ejercer sus derechos, en concreto accediendo a las instalaciones, cuando menos hasta que haya un pronunciamiento judicial firme que convalide la decisión empresarial. En la referencial la empresa consideraba que el despido del miembro del Comité de Empresa se equipara a carecer de relación laboral con la empleadora y le deja fuera del anterior, prohibiéndole la entrada en las instalaciones; en el actual también se examinan las consecuencias extintivas del despido y a la derivada decisión empresarial de negar la entrada en sus instalaciones al no pertenecer a la plantilla. Resulta coincidente de esta forma el núcleo objeto de unificación, consistente en determinar los efectos que tienen los despidos de representantes de los trabajadores (miembros del comité de empresa) sobre el acceso a las instalaciones de la empresa para el ejercicio de dicha condición y actividades representativas, hasta que acaezca la firmeza de las resoluciones que enjuician las decisiones extintivas. Sin embargo, los fallos alcanzados en una y otra resolución se evidencian divergentes.

No empaña esa conclusión la circunstancia de que en el supuesto de contraste se negare también el formar parte del Comité de Huelga, y en el actual conste que sí eran miembros del Comité de Huelga convocada para el 11 de diciembre de 2018, dada la precisión que observamos acerca de que esta fecha es posterior a la de la propia demanda.

Superado, por ende, el presupuesto del art. 219 LRJS, procederá examinar el fondo del debate suscitado.

TERCERO.- 1. Las infracciones legales denunciadas por la parte recurrente se proyectan sobre las siguientes normas: art. 67.3 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 28.1 de la Constitución Española en relación con los Convenios de la OIT números 87, 98 y 135; así como la doctrina establecida en la STC 44/2001, de 12 de febrero. Sostiene, en esencia, que si el despido ha sido impugnado los trabajadores deben poder seguir realizando las funciones de representación en aras de mantener la necesaria interlocución con la empresa para defender los intereses de todos los trabajadores y trabajadoras. La negativa podría conllevar que éstos carecieran de representación y que tampoco pudiera realizarse un nuevo procedimiento de elecciones en tanto en cuanto sigue vigente el de los representantes despedidos.

La demanda de la que dimana este procedimiento tiene como fin que se declare el derecho de los trabajadores a poder ejercer los derechos de representación mientras no haya sentencia judicial firme que califique la procedencia de los despidos disciplinarios, entendiendo quebrantado su derecho de libertad sindical. Se ha debatido si los representantes legales de los trabajadores, que han sido despedidos y han impugnado por despido nulo o improcedente, pierden su condición o bien se mantiene y pueden desempeñar sus derechos y funciones hasta que haya un pronunciamiento judicial firme.

2. Esta Sala IV en STS de 28.04.2017, rec. 124/2016, en un supuesto de despido colectivo finalizado con acuerdo y cierre de varios centros y adscripción de los trabajadores a un único centro, examinaba la extinción del mandato representativo de los RLT de los centros que desaparecían y la adscripción de los trabajadores que mantenían su contrato al centro de Madrid, el cual contaba con un Comité de Empresa propio, argumentando entonces la inexistencia de lesión a la libertad sindical. Su sustento eran las previsiones normativas convencionales en orden a la adscripción de los trabajadores a efectos electorales y su cumplimiento, que excluía cualquier atisbo de irregularidad o fraude en la asignación de los trabajadores al centro referido que ya contaba con representantes legales; el que el cierre de los otros centros fuera fruto del acuerdo específico con el Comité Intercentros en el seno de un despido colectivo; y que no concurría excepción alguna en orden a la aplicación del principio general según el cual la desaparición del centro de trabajo comporta la extinción del mandato representativo, de lo que la Sala deducía que la conducta de la empresa no implicaba una vulneración de la libertad sindical pues su comportamiento fue ajustado a derecho.

Sobre las causas extintivas (art. 67.3 ET) nos pronunciamos en STS 20.09.2022, rcud. 1265/2019, resaltando que el cambio de afiliación sindical no constituye causa de extinción del mandato representativo. En efecto, como ha venido reiterando nuestra jurisprudencia, "el representante unitario es el que ha sido elegido y tiene por ello el correspondiente mandato y que sólo cesa por las causas previstas legalmente (artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores), entre las que no está el cambio de afiliación sindical. Por tanto el representante unitario sigue manteniendo su condición aunque cambie su adscripción sindical (Por todas: SSTS de 18 de septiembre de 1989; de 18 de noviembre de 1991 y de 7 de julio de 1999, Rcd. 3828/1998); no existiendo ningún precepto del ordenamiento jurídico que establezca como causa de cese el cambio de afiliación sindical, ni que atribuya a los Sindicatos facultades decisorias sobre el particular."



En STS 25.04.2012, rec. 56/2011, la Sala había perfilado el acceso de representantes sindicales a espacios comunes para realizar actividad sindical (art 9.2.c) L.O.L.S.), en el sentido que sigue: "No cabe la menor duda de que la actividad desempeñada en taquillas y zonas de reposo excluye una incursión en tiempo y lugar del proceso productivo, al contrario, la inmisión se producirá en el tiempo del que disponen los trabajadores para el descanso o al menos corresponderá a momentos en los que no participan del proceso productivo por razón justificada. Cabe la posibilidad de que se haya producido alguna queja por parte de los trabajadores que preferirían ver circunscrita la presencia de los representantes sindicales a los lugares de reunión designados por la empresa, pero tal hecho no se ha alegado ni probado, de ahí que la sentencia acuda en apoyo de su tesis al argumento de que el empresario no es el tutor de los intereses de los trabajadores ni de su intimidad o descanso frente a representantes sindicales y en efecto, el artículo 9-2-C) de la L.O.L.S., 11/1985 de 2 de agosto, tan solo contempla una exigencia previa, la comunicación al empresario y una restricción en las circunstancias materiales de ejercicio, la no interrupción del desarrollo normal del proceso productivo. Al margen de esos dos requisitos el empresario no puede alzar en razón de su propio interés ninguna otra objeción."

Otra cuestión conexa con el actual debate la encontramos en STS 26.01.2017, rec. 54/2016, si bien dirigida nuclearmente, no al enjuiciamiento de los derechos, sino a determinar en qué proceso (y ante qué Tribunal) ha de examinarse una vez que el delegado institucional está despedido. La resolución se remite a la argumentación de la Audiencia Nacional, que refería que el contrato de trabajo se extingue "por el despido del trabajador, de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.i, k y l ET, sin que exista norma alguna que posibilite a los representantes de los trabajadores, que hayan impugnado el despido, continuar ejerciendo sus funciones representativas. -Es más, el art. 284.c) LRJS, que establece las consecuencias del incumplimiento del empresario del Auto del Juzgado, que ordene la readmisión dentro de los cinco días siguientes a la fecha de dicha resolución, en ejecución de sentencia firme de despido, establece que será en ese momento cuando se acordará que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado de personal continúe desarrollando en el seno de la empresas sus funciones representativas, lo que acredita claramente que hasta ese momento no podía desempeñarlas." La Sala de la AN concluyó que era el procedimiento de impugnación del despido, donde podrían reclamarse las indemnizaciones por daños patrimoniales y morales, "puesto que desde el despido dejó de representar a sus compañeros ante la empresa."

3. Si acudimos a la doctrina constitucional, la STC 44/2001 (que ha sido invocada por la parte recurrente) solventa una denuncia de vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical y la igualdad ante la ley -protegidos por los arts. 28.1 y 14 CE-, otorgando el amparo solicitado toda vez que la decisión empresarial de despedir sin causa (como así se declaró por la jurisdicción social), tenía por objeto impedir a la actora que se presentara como candidata del Sindicato CC.OO en las elecciones sindicales a celebrar en la empresa, una finalidad de discriminación antisindical que el órgano judicial debió tener en cuenta a la hora de resolver la impugnación del laudo arbitral. En su argumentario figuraba la necesidad de conciliar el otorgamiento de efectos extintivos inmediatos al acto empresarial de despedir con la doctrina sobre los efectos de la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, "ya que si finalmente (como así ha ocurrido en el presente caso), el órgano judicial declara el despido radicalmente nulo por vulneración del derecho a la libertad sindical (u otro derecho fundamental del trabajador), esa declaración de nulidad debe traer consigo el restablecimiento del contrato de trabajo en los mismos términos en los que existía en el momento del despido..."

Por su parte, las SSTC 78/1982, de 20 de diciembre, y 83/1982, de 22 de diciembre, enjuiciaron sendos asuntos en los que la cuestión de fondo se circunscribía a determinar si la resolución impugnada había quebrantado o no el art. 28.1 de la Constitución, al no reconocer al actor el derecho al ejercicio de las funciones de representante de los trabajadores "durante el tiempo que transcurra entre la Sentencia de la Magistratura declaratoria de la improcedencia de su despido y la que dicte el Tribunal Supremo en el recurso de casación interpuesto contra la misma. Y más en concreto, si la aplicación del art. 227 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en la forma efectuada por la Sentencia objeto del recurso, vulnera o no la libertad sindical reconocida en el mencionado precepto de la Constitución."

En el punto relativo al requerimiento o no de una efectiva prestación de servicios como sustrato para el ejercicio de los derechos de representación, afirmaba el Alto Tribunal que no podría argüirse fundadamente que los derechos de representación dependen de esa realización efectiva de la prestación laboral, ejemplificando supuestos que evidenciaban lo contrario (así el ejercicio del derecho de huelga), pero que tampoco puede olvidarse que los derechos de representación sindical en la empresa no son una situación autónoma a la previa existencia de una relación de trabajo. Reiteraba, con relación a los representantes sindicales, que el empresario no puede optar por extinguir unilateralmente y por su voluntad libre la relación laboral, para concluir que la resolución impugnada, al revocar la de Magistratura que declaró el derecho del actor a ejercitar sus funciones de representante de los trabajadores, no se ajusta al art. 28.1 de la Constitución, que reconoce el derecho de sindicación y la libertad sindical, interpretado conforme a los acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España, tal y como preceptúa el art. 10.2 de la propia norma fundamental.

De manera paralela la doctrina constitucional ha examinado esa temática cuando se trataba de la actividad desplegada por el representante unitario o electivo de los trabajadores, en su condición de tal; y si bien la sitúa, en principio, fuera del ámbito del derecho fundamental de libertad sindical, recuerda la necesidad de tomar en consideración que "las facultades que, desde un punto de vista individual y en su vertiente organizativa y de actividad, integran el derecho de libertad sindical tienen, en principio, como titulares a los afiliados a los sindicatos y a quienes quieren constituir un sindicato y afiliarse al mismo. A los trabajadores corresponde el derecho a afiliarse o no afiliarse, y una vez que hayan optado por la afiliación, y en tanto que afiliados, el de participar en la actividad sindical (STC 134/1994). En consecuencia, cuando el representante unitario de los trabajadores está afiliado a un sindicato su actividad, a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso, podrá tener consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1 CE."

4. La crónica fáctica ya relatada patentiza en el actual supuesto que los demandantes (afiliados a CCOO), miembros del Comité de Empresa y uno de ellos delegado sindical, fueron despedidos disciplinariamente en agosto de 2018, habiendo formulado acción de despido nulo o subsidiariamente improcedente. Aunque estuviesen despedidos y mientras duraba la tramitación del proceso, peticionaron en dos ocasiones el acceso al centro de trabajo para asistir a las reuniones del Comité de Empresa, siendo negada dicha entrada por la mercantil demandada. También da cuenta de que en las reuniones del Comité de Empresa celebradas se ha procedido al reemplazo de los actores por otros miembros de CCOO y que los demandantes eran miembros del Comité de Huelga que fue convocada para el 11 de diciembre de 2018.

Al tiempo de la demanda de tutela de derechos fundamentales y correlativo pronunciamiento, subsistía la activación judicial de los despidos, siendo allí la calificación pretendida por los actores de nulidad, con carácter principal, y, subsidiariamente, una declaración de improcedencia de las decisiones extintivas.

Los escenarios posibles en el paralelo procedimiento de despido eran, por tanto, y en virtud de lo dispuesto en los arts. 55 y 56 ET, los que siguen:

- 1) Que la sentencia judicial estimase y declarase la procedencia del despido. En este caso de calificación del despido como procedente se declararía convalidada la extinción del contrato que aquel produjo.
- 2) Que se acogiera la petición principal de los actores y así la nulidad de sus despidos. La consecuencia aparejada sería la inmediata readmisión de los trabajadores con abono de los salarios dejados de percibir, reestableciéndose la relación laboral entre las partes.
- 3) O que la resolución judicial estimase la pretensión subsidiaria (declaración de improcedencia). En este caso, la pertinente opción entre el miembro indemnizatorio o el de readmisión debería residenciarse en los propios representantes de los trabajadores -y no en la empresa-, pues así lo ha diseñado el legislador en aras de facilitar precisamente el ejercicio de los derechos de representación.

Efectivamente, si nos trasladamos al plano del desempeño de las funciones representativas, aquella doctrina constitucional abordaba cabalmente la necesaria garantía del ejercicio de esos derechos, entendiendo que una medida de protección consiste en vedar al empresario la facultad de opción, pues si pudiese hacerlo en sentido contrario a la prestación de servicios por el trabajador representante sindical estaría decidiendo "de forma unilateral que tal representante no puede ejercer sus funciones en el período que media hasta que se produzca la Sentencia en el recurso de casación, cuando el despido haya sido ya declarado improcedente por Magistratura, porque ello llevaría a reconocer un poder de injerencia decisivo del empresario en el ejercicio de las funciones del representante, en cuanto tal." Los derechos de representación sindical no pueden entenderse como una situación autónoma a la previa existencia de una relación de trabajo, es decir, precisan de una vinculación o conexión laboral, aunque no dependan en todo momento de la realización efectiva de la prestación de servicios.

En la subsiguiente fase de recurso, en el mismo seno del procedimiento por despido disciplinario, pasan a entrar en juego las previsiones del art. 297 de la LRJS, por mor de la remisión operada por sus arts. 112 y 113, de manera que mientras dure la tramitación del correspondiente recurso, el empresario deberá satisfacer la misma retribución que viniere percibiendo con anterioridad a producirse los hechos y continuará la prestación de los servicios, a menos que aquél prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna.

Persiste en ese periodo un nexo o vinculación diferente pero conexa al del ejercicio efectivo del trabajo, que guarda semejanza con otras situaciones en las que tampoco concurre el desempeño del trabajo mismo, y que protege la propia normativa cuando atribuye a los representantes la facultad de opción en el despido ya calificado de improcedente (art. 56.4 ET), cuando diseña el percibo de salarios y así también la posibilidad de seguir prestando servicios durante la sustanciación del recurso (art. 297 LRJS ya citado), o de manera singular cuando aborda la misma ejecución provisional de la sentencia sobre el despido de representantes de los trabajadores en el art. 302 de la LRJS.

Destaquemos el contenido de este último precepto (art. 302), pues contempla el alcance de la decisión extintiva de los representantes de los trabajadores, en el supuesto de que la sentencia declare la nulidad o improcedencia del despido, con opción en este último caso por la readmisión, encomendando al órgano judicial el deber de adoptar "en los términos previstos en el párrafo c) del artículo 284 las medidas oportunas a fin de garantizar el ejercicio de sus funciones representativas durante la sustanciación del correspondiente recurso."

También ha de reseñarse el alcance del art. 284 c) de la misma LRJS, incardinado en el capítulo atinente a la ejecución de sentencia firme de despido, que establece la adopción de medidas para que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo ("advirtiendo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta de acuerdo con lo que dispone el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto"), para el supuesto en el que el empleador hubiere incumplido con la obligación de readmisión.

CUARTO.- 1. La regulación hasta este momento desglosada acota o limita de forma expresa la garantía del ejercicio de las funciones de representación a la fase de recurso, suscitando la duda acerca de cómo se configura esa cuestión durante el curso del procedimiento que le precede.

Cabe afirmar que cuando todavía no se ha declarado judicialmente la improcedencia (con opción por la readmisión) o nulidad del despido el legislador no ha previsto explícitamente la extensión de la garantía reforzada del ejercicio de las funciones representativas. La interpretación sistemática de aquellos preceptos permite una primera aproximación excluyente.

En la misma línea situaríamos la exégesis que se infiere de la doctrina constitucional citada: la STC 44/2001, además de venir referida a un supuesto de despido sin causa y el objeto impeditivo de que la actora se presentase como candidata sindical, analizaba la interrelación entre los efectos extintivos inmediatos del despido y la declaración misma de su nulidad, con la consecuencia aparejada del restablecimiento del contrato en sus propios términos, restablecimiento o restauración cuyo significado difiere del de mantenimiento o persistencia en alguna de las actividades vinculadas (como sería la atinente al ejercicio de las funciones representativas). Mientras que la acción de restablecer se refiere a volver a establecer algo o ponerlo en el estado que antes tenía, el mantener implicaría proseguir, sostener o conservar una condición, en este caso la concerniente a dichas actividades de representación.

Por su parte, en las SSTs 78 y 83/1982, el litigio se había ubicado temporalmente en un momento posterior al dictado de la sentencia declarando entonces la improcedencia del despido, es decir, en aquella fase de recurso que el texto procesal regula en los términos ya vistos. Destacaremos también otro de sus pasajes en el que advertían la posible cesación de las funciones: "sin perjuicio de que el representante haya podido decaer en sus funciones por otras causas como, por ejemplo, la expiración del tiempo para el que fue elegido, o, como sucede en el presente caso, el acuerdo de extinción de la relación laboral entre el trabajador y la empresa, porque a partir de dicho acuerdo y extinción decae el derecho del representante de los trabajadores cuya existencia - según hemos señalado- requiere la de una relación laboral."

La inicial afirmación que avanzamos se compadece igualmente con la naturaleza constitutiva del despido. En STS de 10 de enero de 2023 (rcud. 3770/2021) recordamos ese carácter, citando al efecto la STS de 10 de junio de 2009 (rcud 3098/2007), y la coincidencia tanto de la doctrina científica como de la jurisprudencia, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo de despido, "que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo; así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 3 del Convenio 158 OIT; así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia 33/1987 de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular (STS de 21 de diciembre de 1990, Rec. 2397/1989). Doctrina ratificada en STS de 21 de octubre de 2004, Rcd. 4966/2002, que reitera la idea de que el acto del despido disciplinario es de naturaleza constitutiva, es decir, extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido."

Se evidencia también contraste con la citada STS 26.01.2017 (rec. 54/2016) al acoger la argumentación de la recurrida acerca de la no continuidad en el ejercicio de las funciones representativas tras la extinción provocada por el despido de un delegado institucional, dada la inexistencia de norma alguna que posibilitara a los representantes de los trabajadores, que hayan impugnado el despido disciplinario, continuar ejerciendo sus funciones representativas. Sensus contrario, del mencionado art. 284.c) LRJS, extraía que al determinar el momento en el que ha de acordarse que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado

de personal, continúe desarrollando en el seno de la empresa sus funciones representativas, se evidencia que con anterioridad no podía desempeñarlas.

Esa misma ruptura del vínculo representativo tras la decisión extintiva se suma o adiciona ítem más a las previsiones del art. 67.3 ET al regular la duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa (cuatro años), y pautar el mantenimiento en funciones en el ejercicio de sus competencias y correspondientes garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones, para fijar seguidamente que sólo podrán ser revocados durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores y por mayoría absoluta de estos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto. Es el art. 68 del mismo texto el que, en materia de garantías, dispone que los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, derecho a no ser despedidos ni sancionados durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el art. 54 ET sobre despido disciplinario. Esta salvedad es la que ha operado en esta *litis*, enervando la quiebra de dicha normativa.

2. La última resolución identificada concluyó también que el proceso por despido es el cauce idóneo para examinar la eventual vulneración de libertad sindical que pueda comportar, adoptando las medidas resarcitorias que la LRJS contempla.

La sentencia ahora recurrida remitía a los recurrentes a interesar las medidas cautelares del art. 180.2 LRJS en el propio proceso de despido, de entender que el despido encubre una actuación antisindical, afirmando que no corresponde a la Sala resolver esta cuestión.

Aunque de las consideraciones precedentes quepa adelantar ya el fallo confirmatorio de la sentencia impugnada, ha de matizarse ese aserto de la recurrida. Los demandantes encauzaron sus postulados por la modalidad de tutela y no mediante una petición de medidas cautelares en el seno del proceso seguido para los despidos disciplinarios.

Efectivamente cabe afirmar la eventual viabilidad de su articulación en el seno de dicho proceso de despido disciplinario, en el que se dilucidaba la decisión empresarial extintiva y el discernimiento de la conducta imputada a los actores. No obstante, señalemos aquí que la negativa de acceso a las instalaciones de la empresa para ejercer las funciones representativas acaece con posterioridad a la decisión extintiva (de 3 de agosto de 2018), de ahí la dificultad de una petición de medidas cautelares al tiempo de la demanda por despido. Cuestión distinta sería que, ante el pronunciamiento de la improcedencia de los despidos, los afectados ejercitasen la opción de readmisión o se activasen las previsiones del art. 302 LRJS, en relación con su art. 284, como mecanismos protectores de la actividad representativa.

El actual litigio, sin embargo, se ha seguido por la modalidad procesal de tutela, sin objeción ni declaración ninguna de inadecuación de procedimiento. La pretensión actora tenía por objeto depurar la denunciada restricción de la actividad representativa por voluntad unilateral del empresario. Por tanto, resultaba incardinable en dicha modalidad de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que disciplinan el art. 177 y siguientes de la LRJS, entre los que figura la regulación de la solicitud de medidas cautelares (art. 180.2).

Este último precepto facultaba a los actores a peticionar en el mismo escrito de interposición de la demanda de tutela (fecha el 3 de diciembre de 2018) la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia. Si así lo hubieren llevado a término, el órgano judicial hubiera podido acordar en su caso la suspensión de los efectos del acto impugnado, tal y como establece la norma: "cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos.

No obstante lo anterior, en el caso de que se invoque vulneración de la libertad sindical, sólo se podrá deducir la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación."

En consecuencia, la protección o garantía de los representantes de los trabajadores en el lapso anterior a la declaración de nulidad o improcedencia de sus despidos vendría de la mano de la regulación que a ese fin y



objeto ha diseñado el legislador en el art. 180.2 de la LRJS en el procedimiento de tutela. Pero este conducto no consta que fuera impulsado en el actual supuesto por los demandantes, como tampoco se da noticia de una virtual activación paralela de las fórmulas legislativas operantes en el seno del procedimiento de despido disciplinario.

Todo ese elenco normativo configura un panorama de protección eficaz que se ajusta a las exigencias de los Convenios 87 y 98 de la OIT que menciona el recurso y de manera más específica el Convenio 135 de la OIT de 23 de junio de 1971, sobre Protección y facilidades a representantes de los trabajadores en la Empresa, ratificado por España -Instrumento de fecha 8 de noviembre de 1972 (BOE de 4 de julio de 1974)-, conforme a su aplicación jurisprudencial, en especial del art. 1 de este último, que dispone que los representantes de los trabajadores en la empresa "deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido, por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales (...) siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor". Aquella regulación procesal, en sus distintas vertientes, resultaba habilitada para una adecuada garantía de las facultades representativas que el ordenamiento internacional encomienda proteger, permitiendo a los afectados su formulación y correlativo examen a fin de asegurar una eficaz tutela judicial.

El iter seguido en el litigio y la proyección normativa y jurisprudencial reseñadas, permiten sustentar que la Sala de segundo grado no ha incurrido en las vulneraciones que los recurrentes denuncian.

QUINTO.- Las precedentes consideraciones determinan, por tanto, la desestimación del recurso interpuesto, la confirmación de la sentencia impugnada y la declaración de su firmeza.

No procede efectuar pronunciamiento en costas (art. 235.1 LRJS).

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. Ramón , D. Mateo y D. Rogelio .

Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 6 de septiembre de 2019 (rollo 3157/2019) recaída en el recurso de suplicación formulado por los ahora recurrentes contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de los de Barcelona, de fecha 7 de marzo de 2019 en sus autos nº 997/2018, seguidos a instancia de dicha parte contra Servicios Logísticos Martorell Siglo XXI.

2. No procede efectuar pronunciamiento en costas.

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

Así se acuerda y firma.