JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1
Rambla Medular s/n esquina Calle Aragón
Arrecife
Teléfono: 928 59 93 62
Fax.: 928 59 93 25
Email: social1.arre@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Despidos / Ceses en general
Nº Procedimiento: 0000683/2018
NIG: 3500444420180001433
Materia: Resolución contrato
Resolución: Sentencia 000156/2019
IUP: AS2018006790

Intervención:	Interviniente:	Abogado:	Procurador:
Demandante	Antonio Marcial Bonilla Torres	Andres Barreto Concepcion	
Demandado	CENTROS DE ARTE CULTURA Y TURISMO DE LANZAROTE	Guillermo Garcia Nerin	
Fiscal	MINISTERIO FISCAL		

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

SENTENCIA

En Arrecife, a 29 de mayo de 2019.

Vistos por mí, Dª Tamara Martínez Esteban, Juez del Juzgado de lo Social nº 1 de Arrecife y su partido, en audiencia pública, el juicio seguido ante este Juzgado bajo el número 602/2018 sobre DESPIDO, a instancia de D. Antonio Marcial Bonilla, asistido por el Graduado Social D. Andrés Barreto Concepción, frente a CENTROS DE ARTE, CULTURA Y TURISMO DE LANZAROTE EPEL-CACT, asistido por el Letrado D. Guillermo García, habiendo recaído los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 30 de noviembre de 2018 tuvo entrada en este Juzgado demanda presentada por la parte actora frente a la entidad CENTROS DE ARTE, CULTURA Y TURISMO DE LANZAROTE EPEL-CACT,en la cual después de exponer los hechos base de su pretensión y los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación al caso, interesó que se dictase sentencia por la que, estimando la demanda, se declare que el despido efectuado es nulo por vulneración de derechos fundamentales, al obedecer a un correctivo al actor por su actividad sindical en defensa de los trabajadores y de lo público, vulnerándose con ello los artículos 14 y 20 de la Constitución. Igualmente, se solicita la nulidad del despido por defectos de forma al no haberse llevado a cabo lo establecido en los artículos 55 y 68 ET, artículos 106 y 114 LRJS así como el artículo 10.3 LOLS, al no llevaser a efecto el correspondiente expediente contradictorio y el nombramiento de un instructor con las garantías suficientes. Asimismo, considera que la actuación de la demandada es discriminatoria al pretender que el actor no participe en igualdad de condiciones como el resto de los trabajadores en el proceso de elecciones sindicales cuya celebración estaba prevista para el mes de diciembre de 2018, solicitnado una indemnización por improte de 12.000 euros por los daños morales y perjuicios adicionales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por medio de decreto de 30 de noviembre de 2018, se señaló fecha para la celebración de los actos de conciliación y en su caso juicio para el día 8 de enero de 2019.

TERCERO.- El día señalado para la vista, comparecieron ambas partes, con la asistencia letrada anteriormente expuestas. Abierto el acto, la parte actora se ratificó en su escrito de demanda, oponiéndose la entidad demandada a las pretensiones contra ellas deducidas. Practicada la prueba propuesta y admitida, ambas partes formularon sus conclusiones durante las cuales se ratificaron en sus respectivas pretensiones, quedando a continuación los autos vistos para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El actor, D. Antonio Marcial Bonilla Torres, mayor de edad, con DNI 45530092M, viene prestando servicios para la entidad demandada, en la actividad de hostelería, antigüedad de 21 de noviembre de 1991, categoría profesional de camarero y salario diario bruto prorrateado de 76,37 euros, en virtud de contrato de trabajo como personal laboral indefinido.

(Hecho no controvertido y en cuanto al salario, probado por la media de las doce últimas nóminas aportadas como documento nº 1 del ramo de prueba de la parte demandada, de las que se obtiene un total de 27.878,56 euros, cantidad que dividida entre 365 días arroja un resultado de 76,37 euros).

SEGUNDO.- En fecha 24 de octubre de 2018, la entidad demandada entregó documento al actor, cuyo contenido se da aquí por reproducido, en virtud del cual se acordaba abrir expediente contradictorio de conformidad con el artículo 68 ET y artículo 60 del convenio colectivo, concediéndole un plazo de cinco días naturales para formular alegaciones.

El actor presentó escrito de alegaciones, con registro de entrada en la entidad demandada de 29 de octubre de 2018, a las 13:16 horas, dándose aquí por reproducido su contenido, señalando, en síntesis, que ni en su condición de Presidente o miembro del Comité de Empresa de dicha entidad, había accedido al correo para descargar el expediente de referencia, pudiendo comprobarse como el whatsapp en cuestión fue reenviado, por lo que no había sido él el autor de la utilización de información externo del citado expediente. Asimismo, en dicho escrito de alegaciones manifestaba que había solicitado la totalidad de la información, tanto al responsable del correo de la organización sindical Intersindical Canaria sobre a qué hora y qué día se informó a los miembros de dicha organización sobre el citado expediente así como a un técnico especialista en informática.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

El pliego de cargos del expediente abierto al actor, fue notificado a los miembros del Comité de Empresa el día 24 de octubre de 2018.

Por parte del Comité de Empresa de la entidad demandada, se presentaron alegaciones al expediente disciplinario abierto al actor, con registo de entrada en la entidad demandada en fecha 29 de octubre de 2018 a las 14:02 horas, cuyo contenido se da por reprodudico, señalando que tras haber contactado con el administrador único del correo de dicha organización sindical, D. Rayco Jesús Tejera González, éste les informa que en ningún momento el actor ha tenido acceso al contenido de dicho expediente de cargo a través del citado correo.

(Hecho probado conforme al documento nº 3 del ramo de prueba de la parte actora y documento nº 3 y siguientes del ramo de prueba de la parte demandada).

TERCERO.- Con fecha 7 de noviembre de 2018, la entidad demandada notificó por medio de burofax al actor carta de despido disciplinario, cuyo contenido se da aquí por reproducido, en la que se indicaba, en síntesis, que el 4 de septiembre de 2018 el actor había incumplido su deber de sigilo al enviar de manera generalizada el pliego de cargos de Dª Clara Concepción Arbelo, ya fallecida, que contenía información especialmente sensible y personal de la misma, entendiendo que dicha conducta supone una muy grave rutpura de su deber de sigilo, lo que conlleva la transgresión de la buena fe contractual (artículo 54.2.d ET, al que se remite el artículo 59 del convenio colectivo).

(Hecho probado conforme a la copia de la carta de despido obrante en autos).

CUARTO.- Consta en autos documento expedido por D. Rayco Jesús Tejera González, indicando que el correo con el archivo "20180828 Comunicación Comité de Empresa apertura expediente disciplinario Dª Clara C pdf" no fue abierto ni leído por ningún miembro del sindicator Intersindical Canaria hasta el 4 de septiembre de 2018 sobre las 19 horas.

(Hecho probado conforme al documento nº 6 del ramo de prueba de la parte actora)

QUINTO.- En la fecha del despido el actor era miembro y Presidente del Comité de Empresa de la entidad demandada. Asimismo, consta que es afiliado al sindicato Confederación Intersindical Canaria en Lanzarote, realizando las funciones propias de Delegado de Comité de Empresa de la entidad demandada desde el 22 de diciembre de 2014.

(Hecho no controvertido y en cuanto a la afiliación, probado por medio del documento nº 8 del ramo de prueba de la parte actora).

SEXTO.- En fecha 28 de noviembre de 2018 el actor presentó ante la entidad demandada escrito de reclamación previa.

(Hecho probado conforme al documento nº 10 del ramo de prueba de la parte actora).

SÉPTIMO.- Consta en autos informe pericial elaborado por el Gabinete de Auditores Peritos Informáticos de Canarias, cuyo contenido se da aquí por reproducido, en el que se contienen las siguientes conclusiones:

La difusión de texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sin contar la previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieren y con pleno respeto al derecho al honor, a la intimidad de las personas que requieran especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados por cualquier medio a terceros sin las leyes.

1. El 4 de septiembre de 2018 el teléfono con numeración +34696050167 registrado en el teléfono móvil del actor con el nombre de Manolo Avero, envió a través de whatsaap al número de teléfono +34605601772 (perteneciente al actor) un documento denominado "201880828_Comunicación comite de empresa apertura expediente disciplinario Clara Concepcion (1)pdf".
2. Dicho documento fue reenviado dsde el terminal Samsung Galaxy J7 con numeración 605601772 a la conversación del grupo de whatsapp llamado: "Les estoy mirando".
3. El terminal Samsung Galaxy J7 con numeración +34605601772 no es el originario principal de dicho documento, sino que fue enviado por el terminal con numeración +34696050167 registrado con nombre de Manolo Avero.

(Hecho probado conforme al informe pericial aportado por la parte actora).

OCTAVO.- A la relación laboral existente entre las partes le resulta de aplicación el I Convenio Colectivo de la Entidad Pública Empresarial Local Centros de Arte, Cultura y Turismo del Cabildo de Lanzarote con una duración temporal de 7 años, del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2020.

(Hecho no controvertido).

NOVENO.- En fecha 10 de septiembre de 2018 D. , en representación de la familia de y D. , en calidad de exmarido de esta última, presentaron un escrito ante la entidad emnadada, indicando que el 4 de septiembre de 2018 (siete después de su fallecimiento) se recibe un chat de whatsapp al móvil de a, que se encontraba en poder de la hija de ambos, enviado por uno de los integrantes del grupo (38 participantes) cuyo nombre es "Bonilla", y al acceder su hija al mismo, contenía un enlace a un pdf, con la reseña "20180828-Comunicación comité de apertura expediente disciplinario a". En dicho escrito se solicitaba que se les comunicara por qué ese expediente estaba en poder de "Bonilla" con el fin de depurar responsabilidades y tomar las medidas legales oportunas.

La entidad demandada contestó a dicho escrito en fecha 19 de septiembre de 2018, dándose aquí por reproducido su contenido, indicando que en fecha 28 de agosto de 2018 se envió al buzón de correo colectivo del comité de empresa de dicha entidad el expediente disciplinario de Dª a fin de que pudiera efectuar las oportunas alegaciones, indicando que el hoy actor es el Presidente de dicho Comité de Empresa.

(Hecho probado conforme a los documento nº 9 y 10 del ramo de prueba de la parte demandada).

DÉCIMO.- Consta en autos informe pericial elaborado por D. Miguel Ángel Armas del Río, en el que se recogen las siguientes conclusiones:

- El 28 de agosto de 2018, a las 14:56 D. José Juan Lorenzo Rodríguez firma el documento de notificación de apertura de expediente disciplinario.
- El 28 de agosto a las 14:56 se da de alta dicho documento en el servicio de registro electrónico.
- El 28 de agosto a las 19:16 la Directora de Recursos Humanos Enriqueta Márquez descarga la notificación firmada.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

- El 28 de agosto a las 19:20 esta última envía el correo electrónico al Comité de Empresa, adjuntando el documento del comunicado.
- El 28 de agosto a las 19:20:24 los servidores de correo de Google reciben el mensaje. A las 19:26 entregan el mensaje al buzón del destinatario.
- El 4 de septiembre de 2018 a las 16:38:42 se envía el documento de la notificación de expediente disciplinario al grupo de whatsapp desde el teléfono 34605601772 con el nombre de contacto Bonilla.

Posteriormente, dicho informe fue ampliado, recogiéndose las siguientes conclusiones:

- 28 de agosto de 2018 a las 19:26: Los servidores de Google entregan el mensaje al buzón del destinatario.
- 4 de septiembre de 2018 a las 14:09 horas: El usuario de CCOO accede a su correo electrónico corporativo en Gsuite.
- 4 de septiembre de 2018 a las 16:19: El usuario de CCOO vuelve a acceder a su correo corporativo.
- 4 de septiembre de 2018 a las 16:38:42: Se envía el documento de la notificación de expediente disciplinario al grupo de whatsapp desde el teléfono 34605601772 con el nombre de contacto Bonilla.

(Hecho probado conforme al informe pericial aportado por la parte demandada).

UNDÉCIMO.- Consta ampliación de dicho informe pericial, cuyo contenido se da aquí por reproducido, en el que se recogen las siguientes conclusiones:

1. El 24 de octubre de 2018 a las 11:04 la Directora de Recursos Humanos envía un mensaje de correo electrónico que se entrega a los tres sindicatos (CCOO, UGT e IC), adjuntando el documento de apertura del expediente disciplinario al hoy actor, siendo enregado el mensaje a los buzones de los sindicatos por los servidores de Google a las 11:21.
2. Del 24 de octubre al 7 de noviembre de 2018 los usarios de los sindicatos acceden a sus buzones de correo en las siguientes fechas:
    - CCOO: 25/10/2018 15:05, 26/10/2018 a las 18:27, 2/11/2018 11:03 3/11/2018 19:51.
    - Intersindical: 25/10/2018 16:34, 26/10/2018 12:15, 29/10/2018: 7:25, 31/10/2018: 17:44, 5/11/2018: 19:57.
    - UGT: No hay accesos.
3. 7 de noviembre de 2018 a las 11:12: La Directora de Recursos Humanos envía un mensaje de correo electrónico al Comité de Empresa, adjuntando la carta de despido.
4. 7 de noviembre de 2018 a las 12:26: los servidores de Google entregan el mensaje al destinatario.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

5. Días posteriores al 7 de noviembre de 2018: Los usuarios de los sindicatos acceden a sus buzones de correo en las siguientes fechas:
    - CCOO: 7/11 12:32, 8/11 9:20, 8/11: 14:03, 11/11: 18:56
    - IS: 7/11 10:35, 13/11 12:23, 15/11: 15:25.
    - UGT: 7/11 23:35.

(Hecho probado conforme a la ampliación del informe pericial aportada como documento nº 18 del ramo de prueba de la parte demandada).

DUODÉCIMO.- En septiembre de 2018 el Comité de Empresa de la entidad demandada estaba formado por los siguientes trabajadores: Antonio Marcial Bonilla Torres, Manuel José Avero González, Juan Manuel de la Nuez Cedrés, Juan Ramón Cedrés González, Francisco José Fernández Morales, Luis Eduardo Fontes Figueroa, Miguel Ángel González García, Isaías González Rijo, Eduardo David Hernández Rosa, José Domingo Hernández Guadalupe, Rayco Jesús Tejera González y Andrés García Méndez.

(Hecho probado conforme al documento nº 11 del ramo de prueba de la parte demandada).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Declaración de hechos probados.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se hace constar que los hechos declarados probados se desprenden del soporte probatorio detallado en los ordinales del relato fáctico.

SEGUNDO.- Acción ejercitada por la parte actora. Oposición de la parte demandada.

En el presente procedimiento, ejercita la parte actora de despido nulo y subsidiariamente de despido improcedente, alegando en síntesis las siguientes cuestiones:

1. El despido se ha efectuado sin el nombramiento del correspondiente instructor, habiéndose generado con ello indefensión
2. El actor en ningún momento accedió al expediente de Dª [illegible] del correo electrónico del Comité de Empresa ni del correo correspondiente a Intersindical Canaria, CCOO o UGT, indicando asimismo que dicho expediente ya estaba siendo conocido por los trabajadores antes de que le llegara al actor el whatsapp reenviado, pues cuando esto se produjo (4 de septiembre de 2018) ya se había producido el fallecimiento de D[illegible]a.
3. En todo caso, entiende que dicha sanción es desporporcionada, entendiendo que en ningún momento dicha información -de la que ya disponían la mayor parte de los trabajadores- salió al exterior, no se realizó un uso indebido de la misma y no se originó un perjuicio irreparable a las personas más directas.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

4. Asimismo, considera que la verdadera motivación del despido no es otra que la constante participación del actor en la defensa de los derechos de los trabajadores de la entidad demandada así como la continua y permanente denuncia del smismo hacia la dirección de dicha entidad, tratándose el despido de un medio para acallar a dicho trabajador y para evitar su participación en el proceso de elecciones sindicales previsto.

5. Igualmente, señala dicha parte que el despido es discriminatorio, por cuanto la entidad demandada conocía que el citado whatsapp reenviado por el actor ya había sido enviado por otros trabajadores de la empresa previamente.

6. Asimismo, si bien en su escrito de demanda interesa que se condene a la entidad demandada al abono de una indemnización de 12.000 euros, durante el trámite de conclusiones rebajó dicha petición al importe de 7.000 euros.

Por su parte, la entidad demandada se opuso a la demanda formulada de contrario alegando en síntesis lo siguiente:

1. El traslado de pliego de cargos se le dio el 24 octubre 2018 y a los sindicatos, entendiendo que sí que se ha realizado el correspondiente expediente contradictorio, y ello aunque no se haya nombrado ningún instructor, señalando entre otras, la STS de 30 de noviembre de 1992.

2. Muestra su disconformidad el actor con el que el pliego de cargos contenido en el whatsapp reenviado por el mismo el 4 de septiembre de 2018 fuera público antes de dicho hecho. Así, señala al respecto que le corresponde al actor probar que se trataba de un hecho público y que una cosa era que en determinada reuniones de trabajadores se pudiera rumorear la existencia de dicho pliego de cargos, y otra muy distinta el que se conocieran los detalles concretos del mismo.

3. Alega el actor que no accedió a ninguna de las tres cuentas; no obstante, resulta irrelevante cómo se produjo el acceso, pues es normal que el actor, como Presidente del Comité de Empresa, reciba ese pliego de cargos. De hecho, la persona que se lo envió originariamente era otro miembro del Comité de Empresa. Así, con independencia de cómo tuvo acceso a dicho pliego de cargos, lo cierto es que el mismo se reenvió a un grupo de whatsapp con 39 miembros activos.

4. Alega dicha parte que los hechos imputados son muy graves, pues se difundió a un grupo de whatsapp, habiéndose cerrado sin resolverse dicho expediente al fallecer la trabajadora al día siguiente, señalando que en ningún caso se trata de una represalia por el ejercicio de sus derechos sindicales por parte del actor, pues los hechos imputados son más que razonables para adoptar medidas disciplinarias.

5. Asimismo, alega que por la parte actora se solicita una indemnización de 12.000 euros; no obstante, no solo no hay vulneración de derechos fundamentales sino que además, el actor sí que se podía presentar a las elecciones sindicales, que por otro lado, ni siquiera se han convocado.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que se dictó sólo cabrá previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieren y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran especial protección o a garantía de anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos ni comunicados por cualquier medio a terceros sin contar con habilitación legal para ello.

En último lugar, el Ministerio Fiscal interesó el dictado de una sentencia estimatoria de la demanda, al considerar que el despido efectuado era nulo por no haberse cumplido los requisitos específicos.

Analicemos estas cuestiones.

TERCERO.- <u>Análisis de los requisitos formales.</u>

Establece en el artículo 55 ET que: *"1. El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.*

Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido.

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.

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".

Por su parte, el artículo 68 ET establece 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, las siguientes garantías:*

a) Apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal (...)".

En el escrito de demanda, se alega por la parte actora que no se llevó a cabo el correspondiente expediente contradictorio y el nombramiento de un instructor con las garantías suficientes para el esclarecimiento de lo imputado al actor.

Al respecto, debemos destacar lo expuesto, entre otras, en STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2019, recurso de suplicación nº 645/2018, que establece lo siguiente: *"Nótese, como expuso esta Sección de Sala en su sentencia de 11 de abril de 2014, nº 351/2014, rec. 1623/2013 , la esencia y naturaleza del expediente disciplinario radica en el conocimiento por el afectado de los hechos formulándose alegaciones al respecto, no conllevando en todos los casos inercialmente la denegación de pruebas indefensión ni vicios de tramitación, quedando salvaguardado el derecho de defensa en el procedimiento judicial, donde podrá practicarse una actividad probatoria extensa y detallada. No es preciso que el expediente comprenda una especie de antejuicio con fases de alegaciones, pruebas y conclusiones. No es necesario en el expediente contradictorio, en efecto, practicar pruebas ni abrir un periodo probatorio (SSTS de 26 diciembre 1989 , 22 enero y 4 abril 1991), como tampoco es preciso el nombramiento de un instructor y un secretario, pero sí se requiere pliego de cargos y descargos (SSTS de 9 diciembre 1985 y 21 marzo 1989)".*

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

En el presente caso, resulta perfectamente acreditado que la entidad demandada dio traslado del pliego de cargos en fecha 24 de octubre de 2018 tanto al hoy actor como a los miembros del Comité de Empresa; de hecho, tanto el actor como estos últimos formularon alegaciones en los días 29 y 24 de octubre de 2018, respectivamente. Por lo tanto, la entidad demandada cumplió con los requisitos legalmente exigidos en relación a dicha cuestión.

Asimismo, ha de destacarse que la parte actora, durante el trámite de conclusiones, también alegó que la entidad demandada no había dado audiencia previa a los delegados sindicales de la Sección Sindical. Al respecto, debemos señalar dos cuestiones: por un lado, que se trata de una alegación nueva realizada en el acto del juicio, respecto de la que ninguna alusión se efectuó en el escrito de demanda, y por otro lado, que si bien D. Ángel Morales, en su calidad de Delegado Sindical de Confederación Intersindical Canaria manifestó que a él no se le había notificado el despido del actor, no puede obviarse el hecho de que D. Rayco Tejera, miembro del Comité de Empresa y responsable dentro del sindicato de Intersindical Canaria de gestionar el correo electrónico, según él mismo manifestó en el acto del juicio, señaló al serle exhibido el folio 244 y siguientes de las actuaciones que si había algún acceso al correo de dicho sindicato, lo había tenido que realizar él puesto que él era el único con acceso. Asimismo, de la prueba practicada, en particular, de la ampliación al informe pericial elaborado por D. Miguel Ángel Armas del Río, aportado por la entidad demandada como documento nº 18, consta que el 24 de octubre de 2018 a las 11:04 la directora de Recursos Humanos envío un mensaje de correo electrónico a los tres sindicatos, esto es, CCOO, IC y UGT, adjuntando el documento de apertura de expediente disciplinario, produciéndose el acceso a su buzón de correo electrónico por parte de Intersindical el 25 de octubre a las 16:34, el 26 de octubre a las 12:15, el 29 de octubre a las 7:25, el 31 de octubre a las 17:44 y el 5 de noviembre a las 19:57 horas. Posteriormente, se envió por dicha Directora de RRHH la carta de despido a los anteriores sindicatos, accediéndose en los días posteriores al 7 de noviembre por Intersindical Canaria el 13 de noviembre a las 12:23 y el 15 de noviembre a las 15:25 horas.

En atención a lo expuesto, no resulta sostenible la alegación efectuada al respecto por la parte actora, debiendo en consecuencia entrar a analizarse la nulidad del despido alegada.

CUARTO.- **<u>Análisis de la nulidad del despido.</u>**

Dispone el artículo 55.3 ET que: *"El despido será calificado como procedente, improcedente o nulo"*, señalando a continuación en su apartado quinto que: *"Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

A propósito de esta cuestión, es reiterada doctrina jurisprudencial que, una vez acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba. Sin embargo, y esto es lo determinante, para que opere este desplazamiento al empresario del onus probandi no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de algún indicio que permita deducir la posibilidad de que aquella -la vulneración constitucional- se haya producido, generando así una razonable sospecha, apariencia o

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

presunción en favor de semejante afirmación; es necesario, pues, que por parte del actor se aporte una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una vulneración de un derecho fundamental, sin que sea suficiente la mera afirmación de la vulneración. Además, ese indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, teniendo aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente como para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental.

A este respecto, conviene traer a colación la STSJ Madrid de 6 de marzo de 2017, recurso de suplicación nº 642/2016 dispone que: *"El Tribunal Constitucional ha establecido que en los casos en que se alegue que el despido es discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales del trabajador, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas eficientes, reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el* ***despido****, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias. El empresario debe probar que el* ***despido****, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables y por completo ajenos y extraños a un propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. Será posible descartar la existencia de lesión constitucional si se consigue probar de forma inequívoca la existencia de hechos ciertos que, sin constituir causa legal de justificación del* ***despido****, fueron los únicos que indujeron al empresario a adoptar la decisión extintiva. Lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si la entidad de la misma permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímilmente dado lugar, en todo caso, a un* ***despido****, al margen y prescindiendo por completo de su afiliación y actividad sindical o del ejercicio de cualquiera otro derecho fundamental. Es decir, como señala la STC 3/2006, de 16 de enero , reiterando doctrina de ese Tribunal, cuando se alegue que una determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probando, no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presentada esa prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se manifiestan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la mediada adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.*

En STC nº 3/2006, de 16 de enero , se señala que en el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de ***represalia*** *derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber*

ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (artículo 24.1 CE y artículo 4.2.g) ET)".

En relación al derecho a la libertad sindical, destaca la STC Nº 44/2004 de 23 de marzo que: *"Para dar respuesta a esta queja se hace necesario traer a colación la doctrina sentada por este Tribunal en relación con la vertiente individual del derecho fundamental a la libertad sindical. Como recuerdan, entre otras muchas, las SSTC 17/1996, de 7 de febrero , FJ 4, 74/1998, de 31 de marzo , FJ 3, 87/1998, de 21 de abril , FJ 3, 191/1998, de 29 de septiembre , FJ 4, 30/2000, de 31 de enero , FJ 2, 173/2001, de 26 de julio, FJ 5 y 214/2001, de 29 de octubre , FJ 4, el Tribunal Constitucional ha venido subrayando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre , cómo la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. En igual sentido recuerda esta doctrina que la vertiente individual del derecho fundamental de libertad sindical comprende principalmente el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección (teniendo en cuenta que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato) y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical, sin que nada de lo anterior pueda implicar perjuicio alguno para los trabajadores, naturalmente si se cumplen los requisitos legalmente establecidos.*

En consecuencia, dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una "garantía de indemnidad" que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical. En el art. 28.1 CE se integra, pues, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (entre otras muchas, SSTC 70/1982, de 29 de noviembre, FJ 3 ; 37/1983, de 11 de mayo, FJ 2 ; 39/1986, de 31 de marzo, FJ 3 ; 105/1992, de 1 de julio, FJ 5 ; 94/1995, de 19 de junio, FJ 2 ; 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4 ; 145/1999, de 22 de julio, FJ 3 ; 14/2002, de 28 de enero, FJ 3 ; 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 4 ; y185/2003, de 27 de octubre , FJ 6)".

Asimismo, en relación a esta cuestión, resulta particularmente esclarecedora la STSJ Andalucía, sede Granada de 3 de diciembre de 2018, recurso de suplicación nº 1621/2018: *"Analizando el recurso del trabajador, como se dijo, por éste se denuncia en su único motivo, por correcto cauce procesal, la infracción de los Arts. 14 y 28.1 de la CE y ello en aras de que, considerando la Sala le han sido vulnerado derechos fundamentales, el cese del trabajador sea considerado despido nulo en lugar de improcedente. Pues bien, se hace preciso decir, ad limine, que en materia de lesión de derechos fundamentales la STC 171/2005 , determina la importancia que en relación a la tutela frente a actos discriminatorios tiene la regla de la*

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

distribución de la carga de la prueba, aludiendo a su anterior doctrina, sentada en la STC 87/2004, de 10 de mayo , conforme a la cual "la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones del trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su **vulneración** en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los artículos 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 art.96 EDL 1995/13689 art.179.2 EDL 1995/13689 (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre ; 47/1985, de 27 de marzo ; 114/1989, de 22 de junio ; 21/1992, de 14 de febrero ; 266/1993 de 20 de septiembre ; 180/1994, de 20 de junio ; y136/1996, de 23 de julio).

En concreto, por lo que se refiere a la finalidad de la prueba indiciaria, la STC 38/1981 consideró que era la de "evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental". Respecto a qué deba entenderse por tal prueba indiciaria, la doctrina constitucional ha precisado que se trata de un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto empresarial, sin que pueda consistir en la mera alegación de la **vulneración** constitucional, debiendo "permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido" (SSTC 114/1989, de 22 de junio ; 21/1992, de 14 de febrero ;266/1993, de 20 de septiembre ; 180/1994, de 20 de junio ; y 85/1995, de 6 de junio , citadas por la STC 171/2005). Más recientemente, la doctrina constitucional ha precisado que "el demandante que invoca la regla de la inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta entorno a los indicios de la existencia de discriminación", y "alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales, y serias, para calificar de razonables y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios" (STC 2/2009 , con cita de las SSTC 183/2007, de 10 de septiembre ; 168/2006, de 10 de noviembre ; 17/2005, de 1 de febrero ; 74/1998, de 31 de marzo ; y 29/2002, de 11 de febrero).

Item más, la reciente sentencia de la AN de 8 de Junio del 2018 se enfrenta a cuestión similar a la que, en su día, lo hizo la Sala ante la denuncia de lesión del derecho de **libertad sindical** y, en concreto, a la carga de la prueba en materia de lesión de ds fundamentales. Decía la resolución que las cuestiones que deben resolverse en la presente resolución no son otras otra que determinar si la negativa de la empresa manifestada en fecha 7-6-2.016 a reconocer al actor como delegado sindical, vulnera el derecho a la **libertad sindical** de éste lo que, ni en aquel ni en éste caso, es de recibo. Y no lo es desde el momento que no se acomoda "esa designación" a procedimiento legal por lo que la empresa puede negar dicho reconocimiento como, en éste supuesto, hizo el TSJ de Granada. Dicho lo cual, ésa actividad sindical que se supone va a tener el trabajador, actuando en nombre de un colectivo, no tiene

por qué ser contraria a los interés empresariales en tanto en cuanto, la función sindical dentro del contenido esencial derecho de ***libertad sindical*** *que reconoce el art. 28.1 CE como derecho fundamental tiendo perspectivas perfectamente diferenciadas en los dos apartados del art. 2 de la LOLS : la individual y la colectiva, en el caso que nos ocupa en el que la* ***vulneración*** *se efectúa por un trabajador en concreto, el art. 2.1 de la LOLS , pues, señala que:" 1.La* ***libertad sindical*** *comprende: a) El derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos, por procedimientos democráticos; b)El derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo o a separarse del que estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato; c)El derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato; d) El derecho a la actividad sindical" pero éste último derecho, se insiste, no puede colegir quien recurre que va a ser contrario al interés colectivo trabajadores/empresa y motivar represalia alguna. Por demás, aún a riesgo de ser reiterativo, decía la AN en la sentencia expuesta que " encontrándonos ante un procedimiento de tutela de la* ***libertad sindical*** *y demás derechos fundamentales debemos tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 96.1 ("En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad,* ***acoso*** *y en cualquier otro supuesto de* ***vulneración*** *de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.") con carácter general para todo tipo de procesos sociales y en el 181.2 de la LRJS ("En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad") para la modalidad procesal especial de tutela de la* ***libertad sindical*** *y demás derechos fundamentales."), los cuales recogen doctrina del TCo con relación al distribución de la carga de la prueba en materia de* ***vulneración*** *de los derechos fundamentales que se expresa con claridad en la STC 74/1998 (EDJ 1998/1487) en los términos siguientes:*

"Desde la STC 38/1981), la doctrina de este Tribunal viene resaltando la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela del derecho fundamental de ***Libertad Sindical*** *. En este sentido, se ha señalado que cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que, el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (STC 90/1997 (EDJ 1997/2617)), por todas).*

Ahora bien, no es suficiente la mera alegación de la ***vulneración*** *constitucional; al demandante corresponde aportar, cuando alegue que un acto o una práctica empresarial ha lesionado su* ***libertad sindical****, un indicio razonable de que la tal lesión se ha producido, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél acto o*

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

práctica (STC 90/1997) (EDJ 1997/2617), y a ello se refieren precisamente losarts. 96y179.2 LPL, que precisan que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo y por motivos sindicales.

El demandante, que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba, debe desarrollar, pues, una actividad alegatoria suficientemente, concreta, y precisa, en torno a los indicios de que ha existido discriminación (STC 266/1993), fundamento jurídico 3º) (EDJ 1993/8039) .

Alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante sobre la parte demandada recae la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales, y serias, para calificar de razonable la decisión o práctica empresarial (STC 21/1992), fundamento jurídico 3º) (EDJ 1992/1403). Si bien, como hemos precisado, no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (STC 266/1993), fundamento jurídico 2º) (EDJ 1993/8039), sí recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste el intentarlo (STC 314/1989 , fundamento jurídico 6º), que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida **vulneración** de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (STC 90/199 (EDJ 1990/11257) 7, fundamento jurídico 5º)".

Pues bien, desde dicha óptica, hemos de analizar la posible lesión de los derechos fundamentales que quien recurre expone y, tanto del escrito en que se formaliza el recurso como de la propia resolución judicial combatida que razona sobre dichas alegaciones, parece entenderse que el actor considera violados:

A.- La garantía de indemnidad y a ello se refiere en la primera parte del recurso en la que, tras ensalzar a quien acciona como buen trabajador lo que se evidencia en la sucesiva contratación del mismo y por las empresas principales y aquellas que se hacen cargo de contratadas en la externalización de servicios, deja de serlo y es cesado ,aprovechando la empresa la expiración del contrato, por las mejoras que había solicitado como portavoz del Sindicato CNT al que pertenecía. A ello se refiere la Magistrado en su Fundamento Jurídico Segundo cuando analiza el alegato que mantiene la parte atora, ahora recurrente, que la medida de despido no es sino un acto de represalia de la empresa frente al trabajador por el anuncio que éste hace de ejercicio de acciones judiciales lo que, como dice la Juzgadora, trata de justificar mediante la carta que, con fecha 28 de Julio del 2016, es remitida por el trabajador a la empresa. Dicho esto, es lo cierto que no puede estimarse conculcada la indemnidad del trabajador, que se engloba en el superior principio de Tutela Judicial efectiva. Al respecto, es preciso estar a la doctrina emanada sobre el particular por elTribunal Constitucional, indicando al respecto, entre otras en su Sentencia num. 54/1995, de 24 de febrero , que: "como recuerda la STC 14/1993 , la **vulneración** del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulte una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos, de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a este mismo

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

derecho fundamental (STC 7/1993), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art.4, núm. 2, apartado g), del Estatuto de los Trabajadores EDL1995/13475), mientras que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (y en su art.5, apartado c), dispone que no podrá darse por terminada la relación de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente. Como afirma la STC 14/1993 , el derecho de tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Así, en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos." No es éste el caso y sobre el contenido de dicha carta razona la Magistrada que no puede ser tomada como prueba indiciaria pues la misma llega a la empresa y es conocedora de ella en fecha posterior a la medida adoptada de cese. Mal puede ser represalia de una conducta cuando se ignora la misma.

B.- En intima conexión con la garantía anterior hace alusión a la **libertad sindical** y como es, precisamente por ostentar representación del Sindicato CNT, la que procura en la empresa el animo de cesarle dado que, como tal portavoz de trabajadores se había hecho "indeseable" para la empleadora. Así dice queda justificado el indicio y no basta, como entiende la Magistrada, que junto a el fueran cesados 17 trabajadores más entendiendo que, ése cese masivo no hacia sino encubrir el despido del trabajador molesto. Expresa que no se entiende por qué el trabajador ha sido incluido en ése grupo de trabajadores a cuyos contratos les pone fin y concluye que lo que se destaca de tal conducta es atentar contra la **libertad sindical** y la actividad, en dicho orden de cosas, iniciada por el trabajador que, 15 días antes de ser cesado, ya comenzó solicitando locales para reunirse (reuniones, así dice, que ya venían produciéndose etc). Pues bien, aun cuando de lejos pudiera atisbarse un indicio lo que si es cierto es que la empresa lo deja vacío de contenido desde el momento que justifica no ser ésa "intención sindical" de quien acciona la que motiva la resolución por parte empresarial de 17 contratos temporales y éstos eran los de aquellos 17 trabajadores que habían alcanzado la duración pactada. Que la temporalidad fuese en fraude de ley, que sus relaciones habían venido a ser indefinidas es cuestión distinta y, buena prueba de ello es que, por entender los ceses sin causa, en éste supuesto, se declara despido improcedente con los efectos legales que le son propios. En suma, lo que supone dicho cese plural no es cosa distinta a una decisión empresarial que conviene a su derecho y que tendrá los efectos que sean pero no, dentro de ésos 18 contratos temporales que extingue, destacarse el del Sr Carlos Ramón para, atribuyéndose una "actividad sindical" no reconocida, pretender calificación distinta de su cese de la que corresponde. Menos aún cabe suponer represalia a quien se dice portavoz sindical, lo que conocía la empresa 15 días antes de cesarle, y vea mejorada su suerte destacándose de los otros trabajadores que vieron expirados sus contratos. Desde luego no puede tomarse en consideración el alegato del recurrente que, en su reproche, hace constar que la empresa conocía desde 15 días antes del despido la afiliación sindical del Sr Carlos Ramón y que ésta "iba a ser activa". Es evidente que de cualquier cargo sindical, cualquier representante o todo aquel afiliado o portavoz de un sindicato debe tener una participación

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran especial tutela o a garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados por cualquier medio a terceros sin incurrir en las responsabilidades previstas en las leyes.

"activa" pero ello no hace supone a la empresa que va a ir contra sus intereses o lesionar la buena marcha empresarial. Una "representación activa" lo que debe entenderse es como la actuación legitima en el marco del seno empresarial y en aras, junto con los propios órganos de la empleadora, en buscar soluciones y adecuar el trabajo a lo que es finalidad de todos o, cuando menos, debe serlo, es decir la buena competitividad de la empleadora en el mercado, la mejora de sus resultados y, a la postre, beneficios `para laborales. Pensar lo contrario es darle a los representantes y portavoces sindicales un carácter que no es corresponde a lo que es su verdadera a misión, representar a los trabajadores, obtener los mayores beneficios para ello pero, lógicamente sin menoscabar la estructura productiva de su empleadora o realizar, contra la misma, actos fuera de la legalidad y que irían en perjuicio de todos. El que solicitase locales para reuniones no deja ser de una anécdota pues, como dice el propio recurrente, ya se venían produciendo ésas reuniones sin que, por otra parte, el actor tuviese cargo sindical que legitimase su actuación.

No, la Magistrada razona de forma perfecta sobre las premisas facticas o ve4rdades formales de su resolución de forma tal que la Sala no puede por menos que tomar su razonamiento en éste punto cuando expresa "Pasando a analizar si existe **vulneración** del derecho a la **libertad sindical**, el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 13 de noviembre de 2000 , en relación a la garantía de indemnidad que puede acompañar a la **libertad sindical**garantizada por el art. 28.1 de la C.E ., mantiene que "al igual que ocurre con los demás trabajadores en el ámbito empresarial, la garantía de indemnidad de los representantes sindicales en la Administración Publica proscribe todo perjuicio funcionarial que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio legitimo de una actividad sindical".

Por tal motivo, y dado que el actor alega una posible discriminación por razón sindical resulta necesario determinar si se ha vulnerado o no el art. 28.1 de la C.E , precepto este que es el que protege frente a discriminaciones de tal carácter; así como de determinar si el accionante aportó un indicio razonable de que los actos empresariales cuestionados, lesionan su derecho fundamental, y para apreciar la concurrencia de indicios, resulta relevante el criterio mantenido por T.C. en sus Sentencias 17/2003 de 30 de enero y 49/2.003, de 17 de marzo , según el cual: "tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la **vulneración** del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosimil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del "onus probandi" al demandado".

Asimismo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 171/2.003, de 29 de septiembre establece que el hecho de la militancia sindical y el ejercicio de la actividad sindical, no será suficiente para entender concurrentes aquellos indicios, siendo preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno, esto es, el factor protegido, en este caso la discriminación sindical, con lo otro, el resultado del perjuicio que concretaría la lesión, siendo así, como se indica en dicha Sentencia que la confluencia del factor sindical y la actuación

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

empresarial "representa únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión aducida, pero no un indicio de **vulneración**que por si solo desplace al demandado la carga de probar la adecuación constitucional de su acto. No se olvide que la **libertad sindical** no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales (STC 214/2001, de 29 de octubre) tampoco confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo (ATC 367/1.989, de 3 de julio , y SSTC 293/1.993, de 18 de octubre ,308/2.000, de 18 de diciembre y 14/2.002, de 28 de enero)."

La Juzgadora, que ha presidido el juicio y valorado las pruebas conforma a los criterios legales de estimación conjunto y libre apreciación de la misma sienta una conclusiones que no pueden ser enervadas por suposiciones de la parte, ni tan siquiera basada en hechos que pueden ser elaborados con la finalidad de hacer ver unos indicios que, en realidad, no son tales. Como se dice en la sentencia, que tiene en cuenta la doctrina Jurisprudencial del TC antes referida, el actor mantiene que la empresa ha seguido una actitud contraria al derecho fundamental a la **libertad sindical** y, en tal supuesto corresponde al actor aportar a la causa indicios suficientes que conlleven a estimar y dar por probado que ha sido victima de una conducta antisindical del empresario. Y ello no sucede por cuanto, se insiste, la sentencia expresa, en dicho orden de cosas y textualmente, que "Haciendo una valoración conjunta de la prueba practicada sobre este extremo concreto, ha resultado acreditado que el actor en fecha de 13 de julio de 2016 comunica la empresa Cárnicas Giraldo S.L.U. la designación del mismo como Delegado Sindical de CMT en la empresa. Se ha probado que a dicha comunicación la empresa contesta en escrito de fecha 15 de julio de 2016 manifestando que al reunirse los requisitos legales (LOS y Convenio Colectivo) no se reconoce tal designación. El 19 de julio de 2016 el actor en su calidad de Delegado Sindical de la UGT vuelve a solicitar de la empresa que le conceda un local para reuniones y para el ejercicio de la actividad sindical y a dicha petición contesta la empresa en sentido negativo mediante carta de fecha 26 de julio de 2016 (folio 459) aduciendo iguales razones de no reconocerse la sección sindical por no reunirse los requisitos legales para ello".

Y abunda sobre la inexistencia de indicios estimando que la conducta empresarial, frente a las acciones que el trabajador dice ha propugnado contra actos que entendía atentatorios con la **libertad sindical** que la Sala, revoca lasentencia del Juzgado de lo Social Num 3 de los de Granada de fecha 13 de Septiembre del 2016 y no estima que la actuación de la empresa con las conductas que ahora hace valer el trabajador, reproduciendo aquellas en realidad, implique **vulneración** de derecho fundamental de **libertad sindical** y así, concluye la decisión judicial que ahora se combate que "la parte actora entiende como indicio vulnerador de derechos fundamentales lo que no es tal pues con su proceder la empresa no ha atentado contra la **libertad sindical** del trabajador ni le ha discriminado por pertenencia aun determinado sindicato o pro ejercer actividad sindica fuera de al empresa. No ha realizado acto alguno que obstaculice la celebración de las reuniones con trabajadores fuera de la sede de la empresa ni ha impedido que acudan a ellas, siendo revelador de la ausencia de indicio alguno de **vulneración** ni del derecho de **libertad sindical** (art 28 de CE) y ni del derecho a no discriminación (art 14CE) el hecho de que el cese del actor se produce junto con el de 17 trabajadores mas de la empresa, lo que revela que se trata de una decisión tomada al margen de la referida actividad sindical. Lo antes explicitado, conlleva a desestimar un recurso que no parte de los hechos probados de la sentencia, que no tiene mas sustento que el "acogerse" a

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

una representación sindical que no ostenta en la empresa como se ha dicho, para desmarcarse de los otros trabajadores, en un numero de 17, que han visto extinguidos sus contratos de trabajo. Otros trabajadores, de ese grupo de los cesados, han transado con la empleadora y lo que no se atisba que, el estar entre ellos quien acciona, sea indicio de ***vulneración*** *de derechos fundamentales por el mero hecho de atribuirse "una afiliación sindical" que, se insiste no se llega a comprender, dice el Letrado recurrente que iba a ser "activa". E*

EN CONCLUSION no se han aportado los indicios de violación de derechos fundamentales del actor, ni su indemnidad ni su ***libertad sindical*** *por lo que es de aplicación la doctrina del TC antes expuesta, es decir, que "el demandante que invoca la regla de la inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta entorno a los indicios de la existencia de discriminación ", y ello no ha sido logrado en éste caso por lo que, la sentencia que así lo entiende considera que el cese de quien acciona, desde el momento que se refiere a un contrato que ha sido celebrado en fraude de ley y ajeno a las notas de temporalidad (al igual que la de otros trabajadores) ha de ser declarado improcedente pero no, como pretende quien recurre, nulo.*

En el presente caso, se alega por la parte actora que se produce el despido precisamente por la actividad sindical desplegada por el actor en defensa de los derechos de los trabajadores. No obstante, entiende esta Juzgadora que tampoco se ha aportado por la parte actora el indicio exigido legal y jurisprudencialmente para que opere la inversión de la carga de la prueba a la que se ha hecho referencia con anterioridad. Así, consta que el actor es delegado sindical desde diciembre de 2014, no habiendo sido hasta el 7 de noviembre de 2018 cuando se procede a su despido. Con independencia de las reclamaciones que el actor hubiera efectuado durante su relación laboral, los procesos judiciales iniciados o las reuniones mantenidas con la entidad demandada -lo cual entra dentro, lógicamente, del legítimo ejercicio de su actividad sindical y de su actividad como Presidente del Comité de Empresa-, no se aporta ninguna conexión entre la realización de alguna reivindicación o actuación de contenido sindical con el despido efectuado por la entidad demandada, ni tampoco se acredita ni siquiera de forma indiciaria la voluntad que tendría esta última en impedir que participara en unas elecciones sindicales, desconociéndose además la fecha prevista de celebración de las misma sy si efectivamente se ha impedido al actor participar o la situación en la que se encuentra, pues nada se ha acreditado al respecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 LEC.

Pero es que además, resulta que despido del actor sí está conectado con un hecho ajeno a dicha circunstancia, como es el envío de un whatsapp conteniendo el pliego de cargo de otra trabajadora, desgraciadamente fallecida, cuyas circunstancias serán objeto de análisis a continuación.

Asimismo, se alega por dicha parte que el despido es discriminatorio por cuanto la entidad demandada tenía conocimiento de que el citado whatsapp ya había sido enviado por otros trabjaadores de la empresa previamente. Al respecto, debemos señalar que efectivamente consta que el mencionado whatsapp fue enviado por Manuel José Avero González al actor, ambos como miembros del comité de Empresa de la entidad demandada; pero fue el actor y no otra persona quien efectuó el reenvío de dicho whatsapp al grupo en el que había otras 38 personas, por lo que tampoco cabe entender que el despido efectuado es discriminatorio, en atención a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española.

La difusión de texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

En consecuencia, al haberse descartado la existencia de nulidad en el despido, no procede acceder a la pretensión ejercitada por la parte actora en cuanto a una indemnización por daños morales de 7.000 euros, debiendo sin más procederse al análisis de la improcedencia del despido alegada por dicha parte con carácter subsidiario.

QUINTO.- Análisis de la improcedencia del despido. Teoría gradualista.

Una vez desestimada la pretensión ejercitada con carácter principal por la parte actora, en cuanto a la nulidad del despido, procede entrar a conocer la improcedencia del mismo. Pues bien, de la prueba practicada, ha quedado suficientemente acreditado, por un lado, que el actor recibió un whatsapp por parte de otro trabajador -en concreto, D. Manuel José Avero González- con el pliego de cargos abierto en relación a otra trabajadora del centro, D[-así se desprende del informe pericial aportado por la parte actora, así como de la propia declaración testifical de D. Manuel José-, procediendo a su reenvío a un grupo de whatsapp con otros 38 miembros. Este hecho aparece corroborado no solamente por el informe pericial aportado por la parte demandada, sino también se trata de un hecho no negado por la parte actora, que reconoce en su escrito de demanda que reenvió dicho whatsapp.

Así, el modo en que el trabajador demandante tuvo acceso al mencionado pliego de cargos resulta hasta cierto punto irrelevante, pues la sanción se le impuso por la empresa por haber quebrantado su deber de sigilo al reenviar dicho whatsapp.

Alega la parte actora al respecto que antes de llevar a cabo dicha actuación por parte del actor, era ya un hecho conocido y notorio en el seno de los trabajadores de la empresa el contenido del pliego de cargos contra Dª .

Sin embargo, lo cierto es que de la prueba practicada en el acto del juicio, en absoluto ha quedado acreditado, conforme a las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 LEC, que así fuera, pues de las declaraciones testificales practicadas en dicho acto, se desprende que si bien podían existir rumores acerca de lo ocurrido, no hubo un conocimiento real de la situación acaecida en relación a Dª a hasta que se produjo el reenvío del whatsapp por parte del trabajador hoy demandante, pudiendo llegarse a esta conclusión del análisis conjunto de las declaraciones testificales practicadas en el acto del juicio y valoradas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 376 LEC.

Del relato fáctico expuesto y que ha resultado plenamente acreditado, ha de concluirse que los hechos ocurrieron tal y como se exponen en la carta de despido, en el sentido de que el actor efectivamente reenvió dicho whatsapp con el pliego de cargos de la mencionada trabajadora a un grupo con 38 trabajadores, lo que supone una ruptura del deber de sigilo en relación a la información a la que tenía acceso precisamente en su condición de Presidente y miembro del Comité de Empresa.

Ahora bien, resulta que si atendemos al contenido del convenio colectio de aplicación, la ruptura del deber de sigilo constituye, según el artículo 59.3 una falta grave y no una falta muy grave. Así, dicho artículo castiga como falta grave en su apartado j). la conducta consistente en: "No guardar el debido sigilo respecto de los asuntos que se conozcan por razón del trabajo, cuando causen perjuicio con carácter general a la entidad o se utilicen en provecho

propio", estando prevista como sanción la de demérito en las pruebas en las que participe a efectos de concurso de traslado y promoción interna por un periodo de hasta tres años o bien suspensión de empleo y sueldo de tres a quince días.

No obstante, tal y como ya hemos señalado, resulta que la falta no se encuentra correctamente tipificada por la empresa demandada, puesto que el hecho sancionado: "ruptura de su deber de sigilo", por mucho que haya sido calificada por la empresa demandada como "de muy grave ruptura", se tipifica como falta grave en el convenio colectivo que resulta de aplicación, sin que en el mismo se establezcan diferentes grados de ruptura a efectos de distinción del tipo de falta que habría de aplicarse, sino que en todo caso se trata de una falta grave que no lleva aparejada la sanción impuesta en el presente caso, como es la de despido.

En atención a lo expuesto, debe resultar de aplicación lo expuesto en el artículo 108.1.párrafo segundo, en el sentido de que los hechos no fueron calificados debidamente, pudiendo en su caso ser calificados como falta grave. No obstante, al haber sido cometidos el 4 de septiembre de 2018 y al haberse iniciado el expediente contradictorio el 24 de octubre de 2018 y el despido, el 7 de noviembre de 2018, resulta más que evidente que ha transcurrido sobradamente el plazo de 45 días de prescripción previsto en el artículo 61 del convenio colectivo de aplicación.

Por otro lado, ha de señalarse que la parte demandada relaciona dicha falta con la transgresión de la buena fe contractual, según lo establecido en el artículo 54 ET, habiendo manifestado además el Letrado en el acto del juicio que cuando lo que se sanciona es dicha transgresión, no se admite graduación.

Al respecto de la transgresión de la buena fe contractual, destaca entre otras, la reciente STSJ Madrid de 12 de abril de 2019, recurso de suplicación nº 1144/2018 que: *"D.-La más grave sanción de despido, que comporta la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, para poder ser declarada judicialmente como procedente se exige estatutariamente que la falta imputada y acreditada como cometida consista en " un incumplimiento grave y culpable del trabajador (art. 54.1 ET), considerándose legalmente, entre ellos, " La indisciplina o desobediencia en el trabajo " (art. 54.2 b ET) y, en cuanto ahora más directamente afecta, " La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo " (art. 54.2.d ET).*

La misma sentencia, tras analizar el cuerpo de doctrina establecido por la jurisprudencia en infracción de ley recaída sobre las conexas causas del despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, recuerda la interpretación que sobre el concepto de buena fe ha realizado la Sala I del Tribunal Supremo, citando la STS/I 15-junio-2009 (recurso 2660/2004): " Según ha señalado este Tribunal al precisar el alcance del art. 1258 (STS 12 de febrero 2009 , y las que en ella se citan), si bien es doctrina de esta Sala la de que la buena fe, en su sentido objetivo consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento, también se ha sentado por la misma que el carácter genérico del art. 1258 ha de armonizarse con los más específicos que para cada

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

contrato y en cada supuesto contiene el Código Civil y que la posibilidad de ampliar o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación, es decir, que la expansión de los deberes al amparo del art. 1258 debe ser lo más restringida posible, porque no puede escindirse este artículo del contenido del 1283 , según el cual en los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos cosas distintas ni casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar ", añadiendo que " La buena fe es un criterio objetivo, constituido por una serie de pautas coherentes con el comportamiento en las relaciones humanas y negociales, que en materia contractual no solo funciona como un canon hermenéutico de la voluntad reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, que actúa por vía dispositiva, a falta de pacto y abstracción hecha de la intención o de la voluntad de las partes, de tal forma que estas consecuencias que complementan el contrato hayan su fundamento vinculante no solo en el mismo, en sus indicaciones explicitas o implícitas, sino en la norma o principio general de la buena fe ".

Continúa la STS de 19 de julio de 2010 estableciendo una serie de conclusiones de la siguiente forma: ...en la base a la normativa y jurisprudencia analizada, cabe concluir en interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET , sobre la determinación de los presupuestos del " incumplimiento grave y culpable del trabajador " fundado en la " transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo ", como motivo de despido disciplinario, que:

A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual;

B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe;

C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados;

D) Igualmente carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo.

E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas;

F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la " gravedad " con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado.

(...) 1.-La Sala entiende, por lo expuesto, que también cuando se trata de supuestos de " La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo " articulados como motivo de despido disciplinario no basta con la mera existencia de la transgresión o del abuso para declarar la procedencia del despido, sino que, como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, es igualmente necesario que pueda calificarse como un " incumplimiento grave y culpable del trabajador ", por lo que, como regla, pueden ponderarse las circunstancias concurrentes para agravar o para atenuar la conducta del trabajador, las que tendrán mayor o menor incidencia en la referida calificación atendida la gravedad objetiva de la conducta constitutiva del incumplimiento.

2.-Por consiguiente, como destaca, entre otras muchas, la STS/IV 27-enero-2004 (rcud 2233/2003), es doctrina de esta Sala la de que " el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (sentencias de 19 y 28 febrero 6 abril y 18 de mayo de 1990 , 16 mayo 1991 y 2 de abril y 30 de mayo de 1.992 , entre otras) ".

Finalmente, nos recuerda la STS/IV 15-enero-2009 (rcud 2302/2007) --, que " constituye doctrina jurisprudencial inveterada - Sentencias de esta Sala de lo Social de 28 de enero de

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

1984 , 18 y 21 de junio de 1985 , 12 y 17 de julio , 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986 , 21 de enero y 13 de noviembre de 1987 , 7 de junio , 11 de julio y 5 de diciembre de 1988 , 15 de octubre de 1990 , y 2 y 23 de enero , 20 de febrero y 3 y 19 de abril de 1991 - la de que en las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas, no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues en definitiva se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas".

En el presente caso, como decimos, si bien se relaciona dicha transgresión de la buena fe contractual, con la ruptura del deber de sigilo ex artículo 59 ET, lo cierto es que ésta constituye una falta grave y no muy grave. Pero es más, si nos centráramos únicamente en dicha transgresión de la buena fe contractual, a diferencia de lo que señala la parte demandada, sí sería posible la aplicación de la teoría gradualista, pues únicamente no resulta aplicable en los supuestos de transgresión relacionada con una apropiación indebida por parte del trabajador (entre otras, STSJ Canarias, sede Las Palmas nº 1157/2018 de 29 de octubre).

Desde este punto de vista, tampoco procedería confirmar la sanción impuesta, que se considera a todas luces desproporcionada teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta por un lado, que no consta la existencia de otras sanciones al trabajador en su amplia trayectoria profesional bajo la dependencia de la entidad demandada y, por otro lado, que la difusión se efectuó en el ámbito personal de los propios trabajadores de la entidad, debiendo tenerse en cuenta que en todo caso, estos razonamientos son a mayor abundamiento, pues el hecho determinante es la incorrecta tipificación de la falta por parte de la entidad demandada.

En consecuencia, a tenor de todo lo anteriormente manifestado, procede la estimación de la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda, debiendo en consecuencia declarar la IMPROCEDENCIA del despido efectuado con fecha 7 de noviembre de 2018, con los efectos que se expondrán en el fallo de esta resolución.

SEXTO.- Recursos.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación a tenor de lo dispuesto en el artículo 191 de la LRJS.

Vistos los preceptos citados y demás de general observancia.

FALLO

Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la pretensión ejercitada con carácter principal por D. Antonio Marcial Bonilla Torres frente a CENTROS DE ARTE, CULTURA Y TURISMO DE LANZAROTE, en cuanto a la declaración de nulidad del despido, debiendo en consecuencia desestimar igualmente la petición indemnizatoria efectuada por dicha parte.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la pretensión ejercitada por dicha parte con carácter subsidiario, declarando en consecuencia la IMPROCEDENCIA del despido efectuado con fecha de efectos el 7 de noviembre de 2018, condenando a dicha empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a que, a elección del trabajador demandante, readmita al mismo en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, así como al abono de los salarios de tramitación en una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde el 7 de noviembre de 2018, fecha del despido, hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 76,37 euros brutos diarios, o bien le indemnice con la cantidad de 69592,16 euros brutos, advirtiendo por último al trabajador demandante que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los cinco días siguientes, desde la notificación de la Sentencia, entendiéndose, que de no hacerlo así, se opta por la readmisión.

Notifíquese la presente sentencia en legal forma a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recurso que deberá anunciarse ante este Juzgado dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la notificación, siendo indispensable que el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita acredite, al anunciarlo, haber consignado la cantidad objeto de la condena, que podrá sustituirse por el aseguramiento mediante aval bancario; la consignación deberá efectuarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, abierta en la entidad Banco Santander en la c.c.c ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y al concepto clave 3729/0000/65/0683/18.

Se significará, además, que todo el que, sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, beneficio del régimen público de la Seguridad Social o de justicia gratuita, intente interponer recurso de suplicación, deberá efectuar un depósito de 300 euros, que ingresará, con independencia de la consignación, en su caso, en la indicada cuenta y concepto, debiendo, el recurrente, hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría del Juzgado, al tiempo de interponer el recurso de suplicación.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada-Juez Dª Tamara Martínez Esteban, que la dicta en su fecha, estando celebrando Audiencia ante mí, el Letrado de la Administración de Justicia, de lo que doy fe.-

LA MAGISTRADA-JUEZ

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
TAMARA MARTÍNEZ ESTEBAN - Magistrado-Juez	29/05/2019 - 13:50:42
El código interno del documento es: A05003250-35c64c8ef0c0d936e4317372a9b1559134504427	
El presente documento ha sido descargado el 29/05/2019 12:55:04	