

**Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 663/2003 (Sala de lo Social), de 23 julio (AS 2003\2621)**

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 2037/2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. María del Rosario García Alvarez.

-----

alcance; vulneración del derecho: delegados sindicales: reparto de comunicado informando de la celebración de una concentración para solicitar mejoras laborales: inexistencia de lenguaje vejatorio o insultante que exceda los límites de lo usual en el marco del activismo sindical: DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: interpretación en el marco de la contienda sindical. DERECHOS FUNDAMENTALES: procedimiento de tutela: prueba: carga de la misma: inversión: requisitos; alcance de los indicios; existencia. DESPIDO NULO: vulneración del derecho a la libertad sindical.

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Madrid, de fecha 30-01-2003, dictada en autos promovidos en reclamación de despido, que es revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Texto:

En Madrid a veintitrés de julio de dos mil tres, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 002 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española.

EN NOMBRE DE SM EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

en el recurso duplicación 0002037 /2003, formalizado por señor letrado don Ramón Enrique L. P., en nombre y representación de Carlos G. M. y Alberto M. M., contra la sentencia de fecha treinta de enero de dos mil tres, dictada por el Juzgado de lo Social: 004 de Madrid en sus autos número demanda 0000945/2002, seguidos a instancia de CARLOS G. M. y Alberto M. M. frente a El Corte Inglés, SA, parte demandada representada por don Juan Ignacio L. C. y asistida por el letrado don José Miguel C. R., en reclamación por. despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Rosario García Alvarez, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente en cuyo fallo se desestimaba la demanda promovida por don Alberto M. M. y don Carlos G. L. contra la empresa El Corte Inglés, SA y el Ministerio Fiscal y se declaraba la procedencia del despido de ambos actores con efectos desde el 25 de octubre de 2002.

SEGUNDO En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

«I.-Los demandantes vienen prestando sus servicios para la empresa demandada con las siguientes circunstancias de antigüedad, categoría profesional y salario medio mensual bruto en el año 2002 con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias:

-don Alberto M. M. : 20-11-1987; Profesionales; 1,273,25 euros.

-don Carlos G. L. : 19-10-1976; Profesionales; 1.034,35 euros.

II.-El día 30 del mes de agosto de 2002 y dada la proximidad de elecciones sindicales, ambos demandantes se personaron en la puerta de personal del establecimiento de El Corte Inglés sito en la calle Preciados, en donde procedieron a distribuir entre los empleados el comunicado de la Sección Sindical de Madrid de CC OO que obra en autos como documento núm. 1 del ramo de prueba de la parte actora y núm. 19 de la demandada, cuyo contenido se da por reproducido a estos solos efectos.

El citado comunicado fue igualmente distribuido el día 3 de septiembre a los empleados del centro comercial Hipercor de la calle Méndez Alvaro por el demandante don Alberto M.

III.-Con fecha 25 de octubre de 2002 y previo expediente disciplinario (documentos núm. 1 a 18 del ramo de prueba de la parte demandada, cuyo contenido se da por reproducido a estos solos efectos), los demandantes recibieron carta de despido en los términos que se recogen en el documento núm. 2 de la demanda y núm. 7 y 16 del ramo de prueba de la parte demandada, cuyo contenido del mismo modo se da por reproducido a estos solos efectos en aras de la brevedad.

IV.-Constan como documento núm. 21 del ramo de prueba de la demandada diversos comunicados dirigidos a El Corte Inglés por el demandante don Alberto M. M. en su condición de Secretario de General de la Sección Sindical de Madrid de CC OO El Corte Inglés.

V.-Con fecha 25 de agosto de 2002 la Sección Sindical de CC OO de El Corte Inglés convocó una concentración en la sede de la Fundación Ramón Araces en donde se reunía la Junta de Accionistas y el Consejo de Administración del grupo de empresas con el fin de exigir la readmisión de los trabajadores despedidos, cese de todas las actividades antisindicales, un proceso de elecciones democrático, sin coacciones y respeto a los logros sociales que los trabajadores exigen (documento núm. 1 de la actora, y núm. 19 y 23 de la demandada).

VI.-Obra en autos entrevista a don Alberto M. para la revista El Militante (documento núm. 22 del ramo de prueba de la demandada, cuyo contenido se da por reproducido a estos solos efectos).

VII.-Obran en autos los Estatutos aprobados en el 7º Congreso Confederal de Comisiones Obreras (documento núm. 141 del ramo de prueba de la actora y núm. 24 de la demandada, cuyo contenido se da por reproducido a estos solos efectos).

VIII.-Con fecha 5 de agosto de 2002 El Corte Inglés presentó demanda arbitral contra la Federación de Comercio de Andalucía de CC OO en reclamación del dominio en Internet denominado "corty. Net", siendo favorable, a la empresa demandada el laudo dictado por el Administrative Panel de WIPO Arbitration and Mediation Center (documento núm. 2 del ramo de prueba de la actora).

IX.-Don Alberto y don Carlos desde el mes de julio de 2002 han gozado de jornada reducida a los efectos de poder ejercer sus funciones sindicales (documento núm. 3 a 10 de la actora).

X.-Constan sendas denuncias presentadas en Comisaría por don Alberto M. M. con fecha 25 de julio y 9 de septiembre de 2002 por insultos amenazas y daños contra autores desconocidos (documentos núm. 12 y 15 del ramo de prueba de la actora).

XI.-Obran en autos diversos comunicados de CC OO en relación a El Corte Inglés (documento núm. 16 a 64 del ramo de prueba de la demandada, cuyo contenido se da por reproducido a estos solos efectos).

XII.-Constan en autos diversos comunicados del Sindicato FASCA como documentos no 99 a 107 del ramo de prueba de la demandada, cuyo Contenido se da por reproducido a estos solos efectos.

XIII.-Los demandantes son representantes de los trabajadores por el Sindicato CC OO.

XIV.-Con fecha 18 de noviembre de 2002 tuvo lugar el acto de conciliación con el resultado de celebrado sin avenencia.

XV.-Las partes litigantes se rigen por el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes».

TERCERO Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte actora y tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección y nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia de instancia ha declarado como procedente el despido de los actores, quienes ostentan la condición de representantes de los trabajadores por el Sindicato CC OO. Disconformes, recurren en suplicación destinando un total de ocho motivos a la revisión fáctica de la sentencia por el cauce que proporciona el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563)..

En el primero de los motivos se solicita la adición de un nuevo inciso al hecho probado octavo cuyo tenor literal es el siguiente:

«El panfleto sindical cuya distribución es el origen del despido de los demandantes tiene el membrete de corty Net, puesto que había sido elaborado en el dominio informático web mencionado en el párrafo anterior».

No existe obstáculo para acceder a lo solicitado por cuanto el citado documento ha sido aportado y reconocido por ambas partes (folios 61, 62 y 191 de autos), constando en el mismo [www.corty.net](http://www.corty.net), sin necesidad de realizar conjeturas de tipo alguno, siendo adecuada su inclusión pues al no ser la suplicación el último grado de la jurisdicción, debe la Sala proporcionar al Tribunal que le es superior cuantos datos puedan resultar precisos para la resolución de la controversia, sea cual sea su trascendencia, abundando el solicitado en la idea de que CC OO era la titular del dominio informático donde se produjo el panfleto y única responsable de su contenido, línea fundamental de defensa de los demandantes y de su recurso.

SEGUNDO Los documentos unidos a los folios 212 a 221 de autos constituyen el soporte documental del segundo de los motivos de recurso destinado a solicitar la introducción de un nuevo párrafo en el hecho probado segundo. La pretensión debe prosperar: los documentos son idóneos para el fin pretendido al haber sido reconocidos por la empresa en el acto del juicio siendo su contenido y origen idéntico al que da lugar al despido de los demandantes. Se introduce, por tanto, el siguiente inciso en el hecho probado segundo:

«Un panfleto sindical con el mismo contenido que éste cuya distribución ha desencadenado el despido de los actores fue elaborado y distribuido con la misma dirección de Internet [www.corty.net](http://www.corty.net) por la sección sindical de CC OO de Cataluña de El Corte Inglés, por la Sección Sindical de CC OO de Málaga de El Corte Inglés, por la Sección Sindical de CC OO de Bilbao de El Corte Inglés, por la Sección Sindical de CC OO de Valladolid de El Corte Inglés y por la Sección Sindical de CC OO de Vigo de El Corte Inglés».

TERCERO Igualmente se postula la introducción de un nuevo inciso en el hecho probado noveno, con el soporte documental que a entender de los recurrentes

proporcionan los folios 198 a 210 de autos. El texto propuesto por los impugnantes sienta personales conclusiones que no se deducen directamente de los documentos citados, tales como la afirmación del establecimiento de trabas o restricciones por parte de la empresa al ejercicio del permiso sindical no retribuido. La valoración de la prueba es privativa de Jueces y Tribunales, y no puede ser desplazada en favor de las partes. Se desestima el motivo.

CUARTO Solicitan los recurrentes la introducción de un nuevo párrafo en el hecho probado decimoprimeros citando en apoyo de esta pretensión los documentos unidos a los folios 231 a 236, 246 a 251, 254 a 258, 266 a 269, y 272 a 275 de autos. Por el cauce de la remisión, la Juzgadora reproduce el contenido de los comunicados de CC OO en relación a la empresa demandada, siendo innecesario introducir las puntualizaciones que pretenden los recurrentes, cargas de juicio de valor y, por lo tanto, inadmisibles.

QUINTO Postulan los recurrentes la adición al hecho probado duodécimo de un nuevo párrafo en el que se afirme que en los comunicados y planfletos de FASGA es usual la descalificación de los compañeros de CC OO y UGT. La Juzgadora de instancia no sólo en el hecho citado por la vía de la remisión, sino también en el párrafo tercero del fundamento quinto de su sentencia recoge la actuación del sindicato FASGA, deduciéndose así que los datos cuya introducción se solicita ya aparecen en la sentencia, resultando innecesaria su reiteración. Se rechaza el quinto de los motivos de recurso.

SEXTO Por el contrario, debe prosperar la solicitud de adicionar al hecho decimotercero que el señor M. M. es Presidente del Comité de Empresa del centro de Preciados, por ser circunstancia relevante para el pleito, deducirse de documentos aportados por la propia empresa y ser hecho no controvertido. Se acoge el sexto de los motivos de duplicación.

SEPTIMO Suerte contraria debe correr el séptimo motivo: introducir un nuevo hecho probado en el que se reseñen las diversas sentencias recaídas en pleitos con miembros de CC OO y contra El Corte Inglés deviene adición intrascendente para la resolución de la controversia actual.

OCTAVO El último de los motivos destinados a la revisión fáctica, el octavo de recurso, se circunscribe a modificar el importe del salario declarado probado sobre la base de lo percibido a partir del mes de octubre de 2001, conforme se deduce de las nóminas aportadas. Los recurrentes entienden que el salario debe fijarse atendiendo al promedio de lo abonado en los meses anteriores a julio de 2002, cuando acceden a jornada reducida con permiso sindical no retribuido. Asiste la razón a los impugnantes por los motivos que se expondrán al analizar la censura jurídica. Queda redactado el hecho probado primero en lo que se refiere al salario percibido por los actores de la siguiente forma, especificándose tanto el salario devengado por jornada completa como por jornada reducida:

«Don Alberto M. M. tiene como salario regulador del despido 1.408,58 euros y don Carlos G. L. tiene como salario regulador 2127,13 euros, correspondiendo dichos salarios a la realización de jornada completa. Por la jornada reducida que en el momento

del despido venían realizando percibía don Alberto M. 1.273,25 euros y don Carlos G. 1.034,35 euros».

NOVENO Al examen del derecho se destinan los motivos noveno y siguientes de recurso, correctamente formulados al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563).. Se denuncian en el primero de los citados las siguientes infracciones: art. 28.1 CE (RCL 1978, 2836). en relación con la doctrina constitucional sobre garantía de indemnidad retributiva de representantes sindicales (SSTC 30/2000 [RTC 2000, 30], 95/1996 [RTC 1996, 95] y 72/1986 [RTC 1986, 72] entre otras).

El Tribunal Supremo tiene declarado que el criterio de que el salario a tener en cuenta en los casos de despido es el realmente percibido por el trabajador en el momento del despido, es una regla general frente a la que caben excepciones. Una de estas excepciones debe ser, precisamente, el supuesto de jornada reducida por el ejercicio de permiso sindical no retribuido, contemplado en el art. 37.3.e) ET (RCL 1995, 997)., y 9.1.a) de la LOLS (RCL 1985, 1980). que forma parte del desarrollo constitucional del art. 28.1 CE. De esta premisa debe necesariamente partirse: la reducción de la jornada de los actores consecuente al derecho ejercitado de permiso sindical no retribuido, y que lleva aparejada proporcionalmente la del salario representa una simple modificación transitoria de la relación laboral que tanto antes como después del permiso tendría las consecuencias propias de la jornada completa. Del disfrute del permiso examinado no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno: para el empresario la única contrapartida es la de no remunerar la parte de jornada que no se trabaja por lo que tomar como salario regulador el realmente percibido perjudica gravemente a los representantes o dirigentes sindicales en el ejercicio de sus funciones puesto que la disminución retributiva sufrida se encuentra ligada causalmente a tal ejercicio. Ello rige en cuanto al eventual cálculo de la indemnización si bien, en lo que concierne a los salarios de tramitación su devengo debe regirse en función de la jornada efectivamente realizada.

La Juez de instancia, debió tomar en consideración las nóminas de junio y precedentes y no sólo las correspondientes al período de reducción de jornada conforme al art. 9.1.a) LOLS por lo que, obteniendo exclusivamente una media salarial inferior a la correspondiente a jornada completa, ha infringido los preceptos y jurisprudencia citados.

DECIMO Se alega en el recurso la infracción de los artículos 8.1.a) y 8.1.b) LOLS (RCL 1985, 1980). en relación con el art. 3 página 31 del Reglamento Sindical sobre competencia de las secciones sindicales y del art. 5 de la LOLS en su relación con el art. 28.1 CE (RCL 1978, 2836). y del art. 20 CE, citando a tal efecto diversas sentencias del TC. Se denuncia igualmente la infracción del art. 24.1 en relación con el art. 14 CE y 17 ET (RCL 1995, 997)., y 12 LOLS.

Como señala la STC de 11 de noviembre de 2002 (RTC 2002, 213). en puridad la infracción que se considera producida es la de los derechos de libertad de expresión e información sobre materias de interés laboral y sindical, como instrumentos del ejercicio de la función representativa que en su condición de representantes de los trabajadores corresponde realizar a los recurrentes y a través de los que se ejerce la acción sindical que integra el contenido esencial del derecho fundamental de libertad



sindical. La invocación del recurso del art. 20 CE no es escindible de la que se efectúa del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). Desde esta perspectiva debe abordarse el análisis de la controversia planteada.

Puntualiza la STC de 11 de noviembre de 2002 lo siguiente: «en el art. 28.1 CE, es preciso recordar que aunque de su tenor literal pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE que llama a los textos internacionales ratificados por España Convenios núms. 87 (RCL 1977, 997). y 98 (RCL 1977, 989). OIT, que su enumeración de derechos no constituye un "numerus clausus", sino que en el contenido de este precepto se integra también la vertiente funcional del derecho, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (por todas, SSTC 105/1992, de 1 de julio [RTC 1992, 105], F. 2 y 5; 173/1992, de 29 de octubre [RTC 1992, 173], F. 3; 164/1993, de 18 de mayo [RTC 1993, 164], F. 3; 145/1999, de 22 de julio [RTC 1999, 145], F. 3; y 305/2000, de 18 de diciembre [RTC 2000, 305], F. 6). Los sindicatos disponen de un ámbito esencial de libertad para organizarse y actuar de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro, claro está, del respeto a la Constitución y a la Ley. 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 (por todas, SSTC 94/1995, de 16 de junio [RTC 1995, 94], F. 2; 127/1995, de 25 de julio [RTC 1995, 127], F. 3; 68/1996 de 29 octubre [RTC 1996, 168], F. 1 y 3; 107/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 107], F. 6; y 121/2001, de 4 de junio [RTC 2001, 121], F. 2), y, en coherencia con dicho contenido constitucional, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS), reconoce en su art. 2.1 d) el derecho a la actividad sindical», regulando su ejercicio dentro de la empresa en sus arts. 8 a 11 [...] Ahora bien, tales representantes no sólo gozan del derecho recibir información del empresario acerca de las cuestiones que han quedado señaladas. Pesa también sobre ellos el deber de mantener informados a sus representados «en todos los temas y cuestiones señalados... en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales» (art. 64.1.12 LET [RCL 1995, 997]). Como hemos tenido la oportunidad de decir en anteriores ocasiones, esa transmisión de noticias de interés sindical, ese flujo de información entre el Sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores, «es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical» (SSTC 94/1995, de 19 de junio [RTC 1995, 94], F. 4; y 168/1996, de 25 de noviembre [RTC 1996, 168], F. 6).

UNDECIMO La controversia plantea la eventual lesión de los artículos 20 y 28.1 CE (RCL 1978, 2836). producida por la sanción de despido impuesta a los recurrentes por la empresa con ocasión de la difusión realizada por aquéllos, a la sazón sindicalistas representantes de los trabajadores, de un panfleto en el que se contienen calificativos que la demandada considera insultantes o vejatorios para la empresa como organización, para Su «staff» directivo y para compañeros de otros sindicatos. La sentencia de instancia parte, y ello no se discute, del hecho de que los actores no

elaboraron el documento, cuya autoría nominativa no consta y que se atribuye a la sección sindical de CC OO, quedando limitada su actuación a la divulgación del comunicado concluyendo la Juez a quo que los recurrentes no gozan de total inmunidad en el ejercicio de su actividad sindical debiendo responder de su acción al no oponerse al contenido del escrito, incurriendo en la responsabilidad propia del cooperador necesario y, por ende, en justa causa de despido compartiendo así, en definitiva, el criterio de la patronal en cuanto al contenido insultante y descalificativo del escrito, junto a lo anterior, deben recordarse las siguientes circunstancias relevantes para la resolución de la litis: 1) es clara y manifiesta (notoria) la existencia de una situación de confrontación sindical bifronte: entre sindicatos y entre CC OO y empresa; 2) es habitual el uso de un lenguaje hostil y ofensivo entre los sindicatos, así como en los comunicados de acción sindical elaborados por CC OO en relación con la imagen de la patronal sin que ello haya provocado disciplinaria alguna; 4) se desconoce la autoría material del panfleto, emitido por CC OO en fecha en la que ostentaba el dominio informático de [www.corty.net](http://www.corty.net), dirección en la red a la que puede acudir cualquier internauta y acceder a su contenido, conociendo los diversos documentos, panfletos y comunicados emitidos por el sindicato y que éste desee difundir, sea cual sea su contenido y lenguaje; y 5) la propia sentencia de instancia reconoce que la confección del documento obedece al ánimo de informar a los empleados de El Corre Ingles sobre la concentración convocada por CC OO el día 25 de agosto de 2002 anterior Fundación Ramón Areces para reclamar unas condiciones laborales dignas y denunciar la vulneración de la libertad sindical y laboral en la empresa informando asimismo de los sucesos que acontecen durante la concentración, al aparecer daños en el vehículo del responsable sindical de la misma, animando finalmente a los posibles lectores de la octavilla a unirse al Sindicato a fin de cambiar las condiciones laborales.

La sentencia de instancia parte de la consideración, como lo hace la demandada, de que no el contenido (información a los trabajadores) pero sí el lenguaje empleado en el comunicado reviste un claro carácter ofensivo para la empresa, sus accionistas y directivos, cuya honorabilidad se ataca, incurriendo en insultos, descalificaciones e imputaciones de hechos que pueden revestir carácter delictivo. La Sala no comparte esta valoración, premisa de la declaración de procedencia del despido efectuado.

No podemos olvidar que nos encontramos en el marco de la tradicional contienda sindical y de la pugna de clases cuyos vehículos de expresión no revisten un lenguaje aséptico e inocuo. Por el contrario, se trata de incitar a los trabajadores, de provocar a los adversarios, de «hacer temblar a la clase dominante» en palabras de Marx y Engels en el «Manifiesto del Partido Comunista», principal referencia para la lucha sindical y obrera en todo Occidente desde mediados del siglo XIX. Un simple repaso de esta obra clásica nos permite apreciar el mismo tipo de lenguaje, salvadas las evidentes diferencias de calidad literaria: en el Manifiesto se califica de «inmunda y enervante literatura», de «torpes ejercicios de escolar», de «estrépito charlatanesco» las obras de otros socialistas; se critica dura y agriamente a la burguesía, se incita a manifestar las ideas (se considera «indigno ocultar sus ideas y propósitos»), manifiesto que atemperado al momento actual, habiendo transcurrido más de un siglo, no es sino lo que se vierte en el comunicado valorado en autos: inculcar a los trabajadores con un lenguaje provocador «la más clara conciencia del antagonismo hostil que existe entre la burguesía y el proletariado», entre los intereses de unos y otros.



En definitiva, el lenguaje empleado en la octavilla no deja de ser simplemente eso, provocador, acudiendo a ciertas licencias metafóricas, y esencialmente a la caricatura, ambas tan habituales en medios de comunicación y en todo tipo de conflictos laborales, lenguaje que desde el inicio de la lucha sindical con mayor o menor acierto, ha venido siendo siempre el mismo. No justificamos con nuestro argumento un lenguaje vejatorio o insultante que exceda los límites de lo usual en el marco del activismo sindical: el lenguaje es desabrido y disgusta, y serían deseables mejores cauces y formas de expresión, pero el pluralismo y la tolerancia, la esencia de la democracia, debe tolerar tales usos en las relaciones laborales colectivas y sindicales, caracterizadas por la crítica ácida y la gramática dura. Como afirma la STC antes citada el flujo de la información entre el Sindicato y sus afiliados, entre los representantes y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical. No se puede cortar aquel flujo bajo el argumento de que el lenguaje empleado, por lo demás habitual, excede los límites de la crítica, del sarcasmo y de la provocación permitida que no se dirige a persona determinada alguna, sino a la empresa y genéricamente a su alto organigrama, con el que se mantiene confrontación.

DUODECIMO Si el contenido del comunicado no es vejatorio ni insultante ni sobrepasa la frontera de lo legal, obviamente el despido no puede ser calificado como procedente. Nos resta, por tanto, decidir si el acto extintivo merece la calificación de nulo o de improcedente.

Cualquier actividad sindical seguida de un despido constituye un indicio más que razonable de la posible lesión de un derecho fundamental.

Corresponde al empresario probar que en la conducta del trabajador concurren circunstancias que merecen ser judicialmente valoradas y que su propósito es ajeno a todo móvil lesivo. Como ha señalado la STC 101/2000 de 10 de abril (RTC 2000, 101). en relación con el artículo 179.2 de la LPL (RCL 1995, 1144 y 1563). «La disposición legal supone en este punto la transposición de nuestra reiterada jurisprudencia, según la cual y una vez alegados por el trabajador indicios razonables de la lesión invocada, corresponde al empresario probar que el despido -caso que nos ocupa- respondía a [...] causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989 [RTC 1989, 114])- , que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador» (STC 90/1997 [RTC 1997, 90], F. 5, sintetizando los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional sobre la prueba indiciaria y recogiendo abundantes decisiones de este Tribunal en el mismo sentido).

(...).

...la finalidad de la prueba indiciaria en los términos elaborados por la jurisprudencia constitucional, y que no es otra que la 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 (considerando) 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» (STC 90/1997 [RTC 1997, 90], por toda la abundante jurisprudencia de este Tribunal sobre esta cuestión). Así, como también mantuvimos entonces, la ausencia de prueba por parte del empresario.

«[...] trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador».

[...]

Cierto es que un despido no ajustado a las causas y procedimientos establecidos en la legislación laboral, no necesariamente vulnera un derecho fundamental pero, esto dicho, no lo es menos que una decisión empresarial extintiva, con independencia de su apariencia legal. o ilegal, pueda lesionar aquellos derechos. Y así como este Tribunal ha mantenido que en los despidos pluricausales -aquellos en los que los indicios de vulneración de un derecho fundamental concurren con una causa legal para declarar su procedencia-, una calificación de este signo no deja sin reparar el derecho fundamental en términos constitucionalmente reprochables dado que, justamente, el empresario logra acreditar una causa del despido ajena al móvil lesivo (vid. SSTC 104/1987 [RTC 1987, 104], 134/1990 [RTC 1990, 134], 21/1992 [RTC 1992, 21], 7/1993 [RTC 1993, 7])».

En la carta de despido se imputa a los trabajadores la acción de distribuir la octavilla con el membrete de CC OO. Aún hipotéticamente estimando que su contenido excedía los límites de la libertad de expresión en el ejercicio de la libertad sindical los demandantes, que se limitaron a distribuir lo elaborado por la sección sindical, no realizaron acto alguno que justificase la adopción de la decisión de despido cuya legalidad es sólo aparente. No se ha producido quebrantamiento alguno de los deberes que la relación de trabajo impone a los actores para con su empleador ni puede calificarse su conducta como de cooperación necesaria y ello por tres sencillas razones: 1) se limitaron a ser simples mensajeros del Sindicato y su conducta no es sancionable, como no lo es la del medio informativo que difunde un contenido presuntamente injurioso como proveniente de otro autor; 2) la extensión de responsabilidad que hace la sentencia permitiría su ampliación a extremos insospechados: así al trabajador que se limita a enseñar a un compañero el pasquín encontrado en la calle; y 3) cualquiera accediendo a la página web pudo conocer el comunicado.

Concluimos, por tanto, que la legalidad del despido enjuiciado es sólo aparente por cuanto: 1) los trabajadores demandantes no incurrieron en actuación sancionable; 2) el comunicado no excede de los límites de la libertad de expresión en el ejercicio de la libertad sindical; 3) el contenido del documento podía ser conocido independientemente

de la distribución efectuada por los demandantes; 4) igual distribución se hizo en otras provincias sin injerencia disciplinaria por parte de la empresa. Razones, todas ellas, que unidas a cuanto expresamos en el fundamento anterior nos llevan a concluir que el ánimo de la empresa, su verdadera intención, fue la de expulsar de su seno a los representantes de los trabajadores por el Sindicato CC OO que le eran especialmente molestos, siendo la causa torpe y lesiva del derecho fundamental y libertad invocadas en el recurso. El despido es nulo y al no estimarlo así la sentencia de instancia ha incurrido en las infracciones denunciadas en el recurso, que se estima. Se revoca la resolución de instancia.

A la vista de cuanto antecede.

## FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por don Alberto M. M. y don CARLOS G. L. contra la sentencia núm. 39/03 de fecha 30 de enero de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Madrid en autos 945/2002 y acumulado 947/2002, seguidos a su instancia contra El Corte Inglés, SA con emplazamiento del Ministerio Fiscal y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la citada resolución y estimando la demanda formulada, declaramos la nulidad del despido de los demandantes, por lesivo de derechos fundamentales, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración, y a readmitir a los trabajadores en las mismas condiciones de trabajo que tenían con anterioridad al despido con abono de los salarios dejados de percibir hasta que la readmisión se produzca, salarios que se devengarán en función de la jornada efectivamente realizada.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563)., que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número..., abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, núm ..., oficina..., de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número... que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número... sita en c/ Miguel Angel, ..., de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.