

9/05/16
H

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN SEVILLA
MENÉNDEZ Y PELAYO Nº 2, PALACIO DE JUSTICIA (QUINTA PLANTA)

N.I.G.: 4109144S20150005619

Negociado: IN

Recurso: Recursos de Suplicación 649/2016

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº8 DE SEVILLA

Procedimiento origen: Derechos Fundamentales 532/2015

MONICA BIRRENTO SIMOES y SITEL IBERICA TELESERVICES SA



ES COPIA

Se advierte a las partes que, respecto al tratamiento que lleven a cabo de los datos que les hubieren sido revelados en el desarrollo del proceso, se estará, en todo caso, a lo dispuesto en la legislación de protección de datos de carácter personal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 236 quinquies párrafo 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ILMA. SRA. DOÑA. MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ,

Presidenta de la Sala.

ILMA. SRA. DOÑA. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ.

ILMA. SRA. DOÑA CARMEN PÉREZ SIBÓN.

En Sevilla, a cinco de mayo de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por el Excmo. e Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 1190 /16

En el recurso de suplicación interpuesto por el Ldo. D. Diego Villegas Montañés en representación de la parte actora , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número ocho de los de Sevilla ; ha sido Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Presidenta de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos número 532/15, se presentó demanda por Doña Mónica Birrento Simoes, sobre derechos fundamentales , contra Sitel Ibérica Teleservices S.A. y Ministerio Fiscal, se celebró el juicio y se dictó sentencia el 30/09/15 por el Juzgado de referencia, en que no se estimó la demanda.

SEGUNDO: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

“**PRIMERO**: La actora, doña Mónica Birrento Simoes, mayor de edad y con N.I.E. X6041688-W, viene prestando servicios para la empresa demandada SITEL IBERICA TELESERVICIOS S.A., desde el 10/04/2016, mediante contrato de trabajo de duración determinada, con la categoría profesional de gestora telefónica, desempeñando sus funciones en la campaña denominada „Iberia“.

SEGUNDO: La relación laboral de la actora con la demandada se rige por el Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contac Center.

TERCERO: La actora se encuentra afiliada al Sindicato CGT y ostenta la condición de delegada sindical, siendo miembro del Comité de Empresa.

CUARTO: La actora informó a la empresa que el día 1 de mayo de 2015 disfrutaría de horas sindicales ese día, para participar en los actos sindicales celebrados con ocasión del día del trabajador; trabajando ese día de 7:00 horas a 10:31 horas, y desde las 10:32 hasta las 13:00 horas hizo uso de sus horas sindicales.

QUINTO.- La actora solicitó, al ser festivo el día 1 de mayo, que se le concediera el 26 de mayo como día de libranza, reconociéndole tan sólo la empresa el día de libre disposición sobre las horas efectivamente trabajadas, no reconociéndole a efectos de devengo de día compensatorio de descanso, las horas sindicales de que disfrutó dicho día.”

TERCERO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión de la actora que accionaba denunciando violación del derecho de libertad sindical, sentencia que absolvió a la demandada de las pretensiones contra la misma deducida, se alza en Suplicación la trabajadora actora invocando el trámite procesal de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO. - Se invoca en el primer motivo de recurso el trámite procesal el apartado b) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, norma esta que se cita expresamente, y expresamente se solicita la revisión de los **hechos probados** de la sentencia, aunque no propone la rectificación concreta de ninguno de ellos, si bien se muestra disconforme con la valoración de la prueba que efectúa la juzgadora de instancia, especialmente en la conclusión final de la Fundamentación Jurídica, donde se expresa que no se ha justificado por la actora que las horas que solicitó como sindicales, las haya empleado en actividad alguna que haya redundado en la mejor representación y defensa de los intereses de los trabajadores de la empresa, mas allá se acudir a la manifestación del 1º de mayo, y expresa igualmente que tal

conclusión no se ampara en en prueba alguna y por ello no puede ser acogida.

Impropiamente se plantea este motivo de **recurso por el apartado b) del artículo 193 de** Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, porque no se solicita, pese a denunciar error en la valoración de la prueba, como ya se ha dicho, rectificación concreta de ninguno de los hechos que la sentencia declara probados, ni se designan documentos o pericias de los que desprenda la equivocación evidente del Juzgador, ni se concreta el texto nuevo que pretende obtener como declaración probatoria, de manera que ninguna rectificación fáctica procede, pues ello precisaría a la luz de lo dispuesto en el artículo 193 b) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con el artículo 196 de la misma ley, como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de abril de 2009, en doctrina reiterada por las otras posteriores de 17-5-2011, 13-10-2011 y 13-2-2013 : "Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus

puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia". Por tanto, ha de ser desestimado el motivo de **recurso** que se estudia, al margen de que a la hora de estudiar la censura jurídica que lleva a cabo la recurrente en el siguiente motivo de **recurso**, pueda o no coincidir la Sala con la aplicación del derecho a los hechos acreditados o que deban tenerse por tales, que efectúa la sentencia que se impugna y sin perjuicio también de que quede sin efecto la conclusión cuestionada, de no derivarse de los **hechos probados** de la sentencia.

TERCERO.- Por tramite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita el examen del derecho aplicado en sentencia, alegándose la infracción de lo dispuesto en los artículos 28, 37.3e) y 68 e) del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia que los desarrolla citándose al efecto, varias sentencias del Tribunal Supremo que identifica por fechas, para defender que en aplicación del principio de presunción de probidad en el uso del crédito sindical, ha de presumirse que la trabajadora hizo un uso correcto del crédito horario, que no solo empleó en acudir meramente a la manifestación del Primero de Mayo, si no también en reuniones con su sección sindical y que la empresa carece de facultades fiscalizadoras en lo que concierne a el uso de crédito horario por la actora,

salvo quiebra de la presunción del uso correcto, que en este caso no se ha producido.

El crédito horario de los representantes de los trabajadores, según se deriva de las normas cuya infracción se denuncia, constituye un derecho de aquellos mediante el que, exonerándoles de la prestación de servicios durante determinadas horas, se atiende a defender y garantizar la realidad de los derechos constitucionales a la libertad sindical y a la participación de los trabajadores en la empresa. El **Tribunal Constitucional** en su sentencia 70/2000 de 13 de marzo, establece que "el llamado crédito de horas sindicales, esto es, el derecho de los representantes a disponer de un determinado número de horas retribuidas para el ejercicio de las funciones sindicales, constituye una facultad del representante necesaria para el desarrollo de tales funciones, cuya finalidad es, en palabras de nuestra STC 40/1985, FJ 2 , otorgarles "una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios"

El uso del crédito horario, no puede ser restrictivo y el control empresarial, atendiendo a la amplitud de funciones que pueden integrar la actividad sindical, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se encuentra ciertamente limitado y así la vieja sentencia del citado Tribunal Supremo de fecha 21 de enero de 1991, decía literalmente lo siguiente: "...se

recuerda que esta Sala en su sentencia de 2 de noviembre de 1989 ha manifestado que «la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente, conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68.e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados». Tal presunción de probidad en el crédito horario o lo que es lo mismo, la presunción de empleo correcto de aquel, se afirma también en las sentencias del Tribunal Supremo de 13-6-1990, 14-6-1990 y 28-6-1990 y mas recientemente, en la sentencia de 15 de octubre de 2014, en la que el Tribunal Supremo sigue afirmando, reiterando el criterio establecido en sentencias anteriores, que la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de tareas representativas son empleadas correctamente, conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad fiscalizadora y disciplinaria de la empresa, habiéndose ya declarado, previamente por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 1990 que que “ ... la justificación a que se refiere el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores opere en el plano formal como exigencia de una indicación al empresario de la finalidad genérica a que se afecta el tiempo utilizado a efectos del control del total disponible, sin que sea

preciso una cumplida prueba, a través de medios hábiles al efecto, de las concretas actividades realizadas en las horas utilizadas”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la trabajadora actora, según se recoge expresamente en el hecho probado cuarto informó a la empresa que el día 1 de mayo de 2015 disfrutaría de horas sindicales ese día, “*para participar en los actos sindicales celebrados con ocasión del día del trabajador*”; haciendo uso de sus horas sindicales desde las 10:32 hasta las 13:00 y trabajando ese día de 7:00 horas a 10:31 horas.

La empresa considera que las horas solicitadas como horas de crédito horario sindical, las empleó la trabajadora solo y exclusivamente en asistir a la manifestación que se celebró el primero de mayo y que ello no es suficiente para justificar utilización de crédito horario sindical, en tanto que la trabajadora, sin negar que acudió a tal manifestación, expresa que además se reunió con los miembros de la organización sindical a la que pertenece, (según el hecho probado tercero, no controvertido, de la sentencia recurrida se encuentra afiliada al Sindicato CGT y ostenta la condición de delegada sindical, siendo miembro del Comité de Empresa), para marcar pautas de lo que debería ser la defensa colectiva de los derechos de sus compañeros ante la precariedad laboral en la empresa. No desprendiéndose de los **hechos probados** de la sentencia otra cosa distinta

de la que la trabajadora manifiesta, teniendo en cuenta, la amplitud de funciones que pueden integrar la actividad sindical, (toda vez que la función representativa ha estar dotada de extensión suficiente para que, de esta manera se facilite el desempeño de todas aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores), ha de concluirse, aplicando la doctrina que con anterioridad se ha expuesto, y teniendo en cuenta además que la la trabajadora no informó a la empresa solo de que acudiría a una manifestación, (donde además de la mera asistencia pueden realizarse funciones de representación de los trabajadores de la empresa), si no que informó de que utilizaría horas sindicales para *“para participar en los actos sindicales celebrados con ocasión del día del trabajador”*, expresión mas amplia que la de la mera asistencia a una manifestación, en que la trabajadora utilizó las horas de crédito horario del artículo 68 e) del Estatuto de los Trabajadores debidamente y la empresa, no reconociendo a efectos de devengo como tiempo de trabajo en su computo de día festivo, las horas que corresponden al periodo temporal que abarca de desde las 10:32 hasta las 13:00 del día de 1 de mayo de 2015, conculcó el derecho de libertad sindical porque como ha afirmado con reiteración el **Tribunal Constitucional, baste al efecto citar las sentencias nº 137/2008, de 27 de octubre,**

nº 2/2009, de 12 de enero de 2009 y como sentencia mas reciente la nº 148/2015, de 6 de julio de 2015: “El derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) comprende la garantía de indemnidad retributiva, que implica 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, vedando 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”

Así pues y de acuerdo con lo razonado ha de ser estimado el motivo de **recurso** que nos ocupa y declarar vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical del a la trabajadora, declarando la nulidad radical de la actuación de la empleadora demandada a quien se ordena el cese inmediato de la actuación contraria a derecho fundamental tutelado.

CUARTO.- Por el mismo trámite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita el examen del derecho aplicado en sentencia, alegándose la infracción de lo dispuesto en los convenios de la OIT 135 y 243, así como la sentencia del **Tribunal Constitucional** nº 95/96 de 29 de mayo, para defender que en atención y el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, insistiendo en la reclamación que efectuaba en la demanda, donde se solicita una indemnización de 3.000 euros.

Al respecto de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, resulta de aplicación la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015 que en relación a esta cuestión dice lo siguiente: Ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume (así, SSTS 09/06/93 (RJ 1993, 4553) -rcud 3856/92 -; y 08/05/95 -rco 1319/94 -), a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena (SSTS 22/07/96 -rco 7880/95-; ... 11/06/12) -rcud 3336/11 -; y 15/04/13 -rcud 1114/12 -).

Pero en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06 -], y por la consideración acerca de la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen

directa o secuencialmente una traducción económica" [SSTS/I^a 27/07/06 ; y 28/02/08) -rec. 110/01 -]» (SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08 -; y 11/06/12 -rcud 3336/11 -). Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS , precepto para el que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse -éste es el caso de autos- «en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada».

En el caso que nos ocupa, la demanda mencionaba el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, al igual que se menciona en el **recurso** sin mayor concreción, transcribiéndose en el escrito rector, sin cita expresa, el contenido del artículo 7.8 de la meritada ley que, en sede de infracción en materia de relaciones laborales, considera falta grave: La transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores y de las secciones sindicales en materia de crédito de horas retribuidas y locales adecuados para el desarrollo de sus actividades, así como de tableros de anuncios, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos

La utilización de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social como elemento de delimitación de la pretensión de indemnización fue admitida por la STC 247/2006, según refiere la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 febrero

2012, criterio también utilizado por la 8 de julio de 2014, y en el caso que nos ocupa, aunque no concretados exactamente los daños materiales, solo se extrae de la Fundamentación Jurídica que, tal como denuncia la trabajadora, la empresa no le abono las dos horas y media utilizadas de crédito horario como horas efectivamente trabajadas en día festivo, es evidente la existencia de un perjuicio material que unido a los perjuicios de índole moral que se derivan del propio ataque al derecho fundamental ahora tutelado, procede su reparación resultando mas adecuada y proporcionada que la indemnización que solicita la recurrente de 3.000€, la de 1.500 € que se encuentra dentro de los parámetros que para las faltas graves establece el artículo 40 de LISOS, que en su numero 1 b), permite la sanción por falta grave en su grado máximo con multa, de 1500 € a 3000 €

En atención a cuanto se ha razonado y como corolario de todo lo expuesto, ha de ser estimado parcialmente el recurso que se estudia, para revocar la sentencia de instancia que contiene las infracciones que se imputan, declarando vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical de la trabajadora actora y, la nulidad radical de la actuación de la empleadora demandada a quien se ordena el cese inmediato de la actuación contraria a derecho fundamental tutelado, a abonar a la actora las horas de crédito horario sindical utilizado utilizado como si de

festivo se tratasen y ademas la indemnización de 1500 € por los p perjuicios sufridos.

F A L L A M O S

Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por la demandante Doña Mónica Birrento Simoes, contra la sentencia dictada en los autos nº 532/15 por el Juzgado de lo Social número ocho de los de Sevilla en virtud de demanda formulada por Doña Mónica Birrento Simoes, contra Sitel Ibérica Teleservices S.A. debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida a la par que estimamos parcialmente la demanda promovida por la actora declarando vulnerado por la empresa demandada Sitel Ibérica Teleservices S.A. su derecho fundamental a la libertad sindical y la nulidad radical de la actuación de la empleadora demandada a quien se ordena el cese inmediato de la actuación contraria a derecho fundamental tutelado, condenandole a abonar a la actora las horas de crédito horario sindical utilizado como si de festivo se tratasen y ademas la indemnización de 1500 € por los perjuicios sufridos.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante

escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".

b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que