# La STS UD de 20 de abril de 2005 (RJ 2005/3532). Despido de dos representantes de los trabajadores por distribuir propaganda contra "El Corte Inglés". Un anómalo pronunciamiento

**Miquel Falguera i Baró**

Magistrado especialista Sala de lo Social del TSJ de Cataluña

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Universidad Pompeu Fabra

## 1. Los hechos que dan lugar a la sentencia y la doctrina judicial previa a la sentencia analizada

Los actores, empleados de los enunciados grandes almacenes y representantes de los trabajadores que allí prestan servicios, se dedicaron a repartir propaganda sindical entre los empleados ante la inminencia de un proceso electoral en las puertas de un centro de esta mercantil, en la que se convocaba al colectivo asalariado a participar en una concentración contra la política laboral de la empresa. Dicha propaganda fue también repartida en otros centros. Iba firmada por el sindicato COMISIONES OBRERAS y se enmarca en los variados conflictos que enfrentaban a dicha organización con "El Corte Inglés".

Después de la apertura del correspondiente expediente disciplinario, los trabajadores son despedidos. La causa alegada para dicha rescisión consistía –sucintamente- en la consideración por la empleadora de que las afirmaciones contenidas en el panfleto repartido eran vejatorias para cargos directivos, accionistas y otras organizaciones con presencia en la empresa, por lo que había existido trasgresión de la buena fe contractual. Interpuesta la correspondiente demanda postulándose la nulidad por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad sindical, la sentencia recaída fue desestimatoria, convalidándose, mediante la declaración de procedencia, dicha extinción. La argumentación central del magistrado "a quo" partía de la consideración de que si bien los actores no elaboraron el documento, limitándose su actuación a la mera divulgación, no gozaban los actores 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

Instada suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en sentencia de 23 de julio de 2003 (AS 2003/2621) estimó el recurso. A dichos efectos, se aceptó la modificación de hechos probados, entre otros aspectos en los relativos a que el documento repartido llevaba impreso un dominio web, del que era titular el sindicato, incluyéndose también que idéntico libelo había sido repartido en otros centros de trabajo. Y, entrando en la valoración del derecho aplicado, se afirma: *"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 ."*. Para proseguir: " *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 relacionales laborales colectivas y sindicales, caracterizadas por la crítica ácida y la gramática dura. Como afirma la* (sentencia del TC previamente citada) *el flujo de la información entre el sindicato y sus afiliados, ente 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 "*

*El Corte Inglés* recurrió en casación para la unificación de la doctrina dicho pronunciamiento. Y es aquí donde empiezan a aparecer los anómalos elementos que encabezan este comentario.

## 2. Contenido de la sentencia que analizamos

En un extenso –y, ciertamente inusual- redactado de antecedentes, el pronunciamiento estudiado pasa a incluir una serie de contenidos del panfleto repartido (que no constaba en el relato fáctico de los previos pronunciamientos más que por remisión)

Se procede a continuación a analizar la contradicción doctrinal alegada en el recurso, relativa a tres aspectos concretos: a) las competencias revisorias fácticas en materia de suplicación, al admitirse un comunicado sindical a esos efectos b) el criterio casacional en materia de fijación del salario y c) los criterios generales para la determinación de aquellos supuestos en los que existe vulneración de la buena fe contractual. La Sala de lo Social del TS aborda aquí la metodología que va a seguir en su análisis, estableciendo un estudio preliminar en relación con la validez revisoria del documento aportado, para pasar, a continuación, a la determinación de si ha existido o no infracción del deber de buena fe, postergando la fijación del salario a la propia valoración del despido, en tanto que la estimación del segundo motivo deja huérfano de contenido este último aspecto.

Cabe indicar, ya desde ahora, que la sentencia estima el recurso en relación al fondo de asunto y respecto a la alegada infracción de normas de derechos sustantivo. Se desestima, así, el primer motivo del recurso y no se da respuesta –por simple congruencia- a los criterios de determinación del salario aplicable. Con todo es evidente que la importancia de este pronunciamiento radica, precisamente, en los criterios sostenidos en relación a la vulneración de la buena fe contractual, los límites de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y, por ende, respecto a las competencias decisorias en materia de despido en cuanto al recurso de unificación para la casación de la doctrina. Debemos reseñar, para una cabal comprensión de la litis, que el recurso invocaba en dicha materia la STSJ de Cataluña de 22.07.2002 (AS 2002/2991), en la que se desestimaba el recurso de suplicación interpuesto por el único afiliado de la CNT en el Ayuntamiento de La Bisbal de l'Empordà imputándole que dicho sindicato difundiera en una concentración popular –con participación de dicho despedido- un panfleto en el que se incluía la foto del alcalde, con el lema de "Se busca por terrorista", calificándolo de "cacique y fascista"

El TS desestima en la sentencia que estamos analizando la alegación efectuada por los trabajadores impugnantes de falta del requisito de contradicción. Estos, en efecto, habían lógicamente invocado la conocida, tradicional, pacífica y abundantísima doctrina unificada de que en materia de contenidos de conductas imputadas como incumplimiento contractual ex art. 55 TLET no puede establecerse una casuística genérica, habiéndose de estar a la realidad en cada caso concurrente, lo que impedía el establecimiento de comparaciones en aras a la necesaria contradicción. La Sala Cuarta reafirma dicho criterio, si bien afirma en forma inmediata: "la *dificultad en la casación unificadora de la apreciación de la igualdad sustancial de supuestos de despido no es desde luego la misma cuando una de las sentencias comparadas contiene una declaración judicial de despido nulo por infracción de derechos fundamentales, y la otra entiende que se ha desbordado el ejercicio de tales derechos. El objeto del juicio de contradicción y la configuración lógica del mismo difieren sensiblemente, como vamos a ver ahora, en uno y otro supuesto* ". Para proseguir afirmando: " *Cuando uno de los términos de la comparación es una sentencia de despido nulo por infracción de derechos fundamentales, el objeto del juicio de contradicción no es, como ocurre en el supuesto de comparación de una sentencia de despido improcedente y otra de despido procedente, la aplicación ponderada y proporcionada del poder disciplinario del empresario, dependiente de circunstancias muy variables, como se ha visto. Lo que está en cuestión en el supuesto que nos ocupa es la comprobación de si la conducta del trabajador está amparada o no por el ejercicio de un derecho fundamental. Y en tal valoración judicial sí existe una probabilidad mayor de sentencias contradictorias sobre litigios sustancialmente iguales, ya que el juez o tribunal parte de la base de que la conducta del trabajador es plenamente lícita y no incurre en incumplimiento alguno, en nítida oposición al presupuesto de incumplimiento más o menos grave o culpable en que se fundamentan las otras calificaciones del despido* " (...) " *Dicho con otras palabras, en las sentencias de despido nulo por lesión de derechos fundamentales el juez o tribunal, a diferencia de lo que sucede en las sentencias de despido procedente o improcedente, no lleva a cabo graduación o ponderación alguna de incumplimientos laborales de mayor o menor entidad, sino una mera verificación de que el trabajador ha actuado dentro de los límites del derecho fundamental lesionado. Correlativamente, si los términos de la comparación en el recurso de casación para unificación de doctrina son una calificación de despido nulo por lesión de derechos fundamentales y una calificación de despido en la que no se ha apreciado tal lesión, el juicio de contradicción puede y debe centrarse en la disyuntiva de si las conductas enjuiciadas se comprenden o no dentro de los límites del derecho invocado, límites cuyo trazado o cuyo desbordamiento determinan si ha habido o no incumplimiento laboral. Esta nítida disyuntiva o alternativa binaria (que cuestiona si el trabajador tiene o no derecho a actuar como ha actuado), no existe, en cambio, cuando los términos de la comparación son distintas calificaciones judiciales de despido procedente e improcedente recaídas sobre distintas conductas laborales (que cuestiona en qué grado o escala mayor o menor ha incumplido el trabajador sus obligaciones* ."

Tras dichos razonamientos aceptando la competencia casacional, pasa a realizarse el test de comparación con la STSJ de Cataluña, ya comentada, afirmándose que pese a existir claras diferencias en el contenido del panfleto, los destinatarios de las imputaciones y el contexto y la ocasión en que se producen los hechos observados en cada supuesto no son idénticos, deben entrarse en el fondo del asunto, pues existe " *identidad en los fundamentos y pretensiones de las sentencias comparadas, y al ser también sustancialmente iguales los hechos enjuiciados en las mismas puesto que carecen de relevancia las diferencias detectadas en ellos* ". A partir de aquí nada nuevo aporta la sentencia realizando y sucinto y breve repaso a la conocida doctrina del TS en relación a los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión, estimándose el recurso, por considerar que ha existido vulneración de la buena fe contractual.

La sentencia consta de un voto particular de tres magistrados que se oponen a su contenido tanto por la evidente ruptura que comporta en relación a las competencias casacionales en unificación de doctrina, como por lo que hace a la existencia de vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión.

**3. Valoración de la Sentencia**

Nos encontramos ante una sentencia que no he dudado en calificar en el encabezamiento de este comentario como "anómala". Obviare aquí los sujetos intervinientes, las ciertamente singulares condiciones en que se ha

tramitado el recurso, los extrañamente abundantes artículos aparecidos en relación a la STSJ de Madrid a lo largo de su tramitación y los no menos peculiares comentarios que ha merecido en la prensa económica.

Mi intención es sólo destacar lo que, desde mi punto de vista, es una clara ruptura en relación a la previa lógica conformadora de la casación para la unificación de la doctrina. Veamos: los iuslaboralistas nos hemos cansado de explicar que ésta no es una tercera instancia, sino que tiene únicamente los efectos de unificar criterios doctrinales, relativos a la interpretación de las normas. Para eso fue concebido por el legislador tan singular recurso. Es por ello que en materia de despido –según la doctrina consolidada por el TS desde la sentencia de 21.10.1991- no puede entrarse a hacer comparaciones, en tanto que por definición los substractos fácticos concurrentes en cada caso son distintos. Lo mismo ocurre, entre otros muchos aspectos, en materia de grados en procesos de incapacidad permanente.

Cabe recordar que en cualquier procedimiento de despido un magistrado debe hacer cuatro juicios: a) el de formalidad, en el sentido de determinar si ha existido incumplimiento de los requisitos legales o convencionalmente establecidos; b) el de causalidad, a fin y efecto de valorar la existencia y motivación de las causas imputadas; c) el de proporcionalidad, valorando si los hechos probados y las circunstancias concurrentes son suficientes a fin y efecto de convalidar o no la decisión extintiva (teoría gradualista); y d), finalmente, el test de constitucionalidad en aquellos casos en los que se alegue vulneración de derechos fundamentales o se aprecien de oficio. Es obvio, en este sentido, que el juicio de formalidad es susceptible, de entrada, de merecer amparo en unificación de doctrina, pues se trata, simplemente de la interpretación de la Ley o el convenio . Por el contrario, el juicio de causalidad y el de proporcionalidad no obedecen, más que someramente y de referencia, a ninguna interpretación normativa, sino a la valoración de los hechos concurrentes en relación a la aplicación de la norma . Es por ello que no cabe aquí casación, pero sí suplicación dentro del juego ordinario de recursos

¿Qué ocurre, empero, con el test de constitucionalidad?. Pues, simplemente, que en nuestro sistema jurídico la valoración definitiva de si ha existido o no infracción de preceptos constitucionales corresponde al Tribunal Constitucional. Por supuesto que corresponde también la aplicación de nuestra Carta Magna a los jueces y tribunales ordinarios. Ocurre, empero, que cuando se agota el procedimiento, bien en instancia –por no caber recurso-, bien en suplicación, en el ámbito laboral el debate jurisdiccional queda cerrado, abriéndose, en su caso, las puertas a la vía constitucional. Obviaremos aquí la cuestión relativa a si debe o no intentarse la casación para la unificación de la doctrina antes del amparo. No es esa cuestión meramente formal la que aquí estamos intentando reflexionar, en relación a quién es el intérprete constitucional. Porque, en efecto, ésa es la anomalía –desde mi punto de vista- de la sentencia analizada. Así, si el TS es competente para analizar la existencia de vulneración o no de derechos fundamentales en el caso de pronunciamientos previos contradictorios, ante lo que nos hallamos es, simplemente, ante una tercera instancia de matriz constitucional , muy alejada de la función legal de unificar doctrina. "Tercera instancia" porque no se trata en definitiva de interpretar ninguna norma con carácter general para todo el Estado, sino de estudiar "ad causam" las circunstancias concurrentes, aplicando la norma. La doctrina sentada por el TS en el presente caso no va a poderse aplicar directamente en ningún otro supuesto futuro. Y "constitucional" porque esa interpretación lo que está haciendo es un test de constitucionalidad de los previos pronunciamientos; habiéndose de destacar, por otra parte, que la norma aplicada es el propio texto constitucional. No parece que sean esas las funciones del TS en nuestro sistema.

A lo que cabe añadir dos últimas reflexiones finales en forma de pregunta. La primera: ¿en qué se diferencian los tests de causalidad y de proporcionalidad del de constitucionalidad?. A mi juicio en poco desde un punto de vista simplemente instrumental: es una simple cuestión de aplicación de la norma (sea Ley, convenio o Constitución); con el añadido de que en el último caso nuestro modelo ha instaurado, vía "finta prusiana" un último intérprete constitucional, el TC. Y, por último, ¿qué razón objetiva justifica que el TS tenga competencias en materia casacional cuando los pronunciamientos de instancia y suplicación han sido contradictorios y no, por el contrario, cuando han sido pacíficos?.

Demasiados interrogantes. Demasiadas anomalías.

UPF, Barcelona

**Imprimir**