

EL DERECHO DE OPCIÓN EN CASO DE DESPIDOS IMPROCEDENTES DE EXDELEGADOS SINDICALES

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Este trabajo aborda la cuestión relativa a si los exdelegados sindicales, que han cesado en su cargo siguen protegidos durante el año posterior a la finalización del mandato desde el punto de vista del derecho de opción del art. 56.4 ET. Se hace a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 229/2002.

La Sentencia se centra directamente en la cuestión básica: el despido era un exdelegado que había sido cesado por destitución de la sección sindical. Como sabemos el art. 68.c ET limita los efectos de la protección del año suplementario en los casos de revocación y dimisión. El nudo central de la Sentencia versa sobre si es posible o no aplicar analógicamente la misma respuesta en caso de destitución del representante sindical; es decir, ¿es posible asimilar la revocación del representante unitario a la destitución del representante sindical? En el trabajo se exponen las diferentes respuestas que se han dado a lo largo del iter procesal, por los Tribunales ordinarios que han precedido a la cuestión desde la vertiente constitucional, para terminar con el análisis de la Sentencia del TC. Fundamentalmente, la cuestión estriba entre asumir que existe dicha asimilación, de manera que la destitución debe tener el mismo resultado que la revocación; o entender que mientras la revocación es un mecanismo extraordinario que impide que finalice el mandato representativo por agotamiento de su duración, por el contrario la destitución es el procedimiento natural o normal que pone fin al mandato de la representación sindical. La opción del TC ha sido la segunda, si bien existen algunos interrogantes ante esta posición que merece la pena destacar.

INDICE

1. La cuestión en juego
2. Vinculación constitucional de la cuestión
3. El sistema de garantías de los representantes de los trabajadores: 3.1 A modo de introducción: Los diferentes mecanismos de protección o garantías de los representantes. 3.2 Una cuestión no resuelta por la STC 229/2002: la necesidad de integrar los arts. 68 c) y 56.4 ET. 3.3 Identidad en las garantías de la representación unitaria y la sindical. 3.4 Interpretación integradora de los arts. 68 c) y 56.4 ET
4. El cese de la protección por revocación o dimisión: asimilación a la destitución: 4.1 Limitación de la protección en caso de revocación y dimisión. 4.2 La interpretación del TSJ de Madrid: la STSJ de 3 de octubre de 1997. 4.3 La doctrina del supremo en unificación de doctrina: la STS de 29 de diciembre de 1998. 4.4 La posición de la STC 229/2002 respecto a la asimilación entre revocación y destitución

1. LA CUESTIÓN EN JUEGO

El supuesto base de la STC que comentamos se refiere al despido de un exdelegado sindical que había cesado por destitución, siendo despedido disciplinariamente por su empresa antes de que hubiese transcurrido el plazo del año de protección posterior a la finalización del mandato al que se refiere el art. 68 c) ET. Al ser calificado el despido como improcedente, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid de 20 de noviembre de otorgó el derecho de opción al ex representante en base a dicho art. 68 y al art. 56.4 ET.

Es justamente esta la cuestión que se debate por las resoluciones del iter procesal¹: si el derecho de opción le corresponde al delegado sindical que ha sido despedido dentro del plazo de un año pero que cesó en su función representativa a consecuencia de su destitución. Obsérvese como desde este primer momento se pueden señalar ya una serie de cuestiones a las que necesariamente deberemos referirnos: a) ¿tienen los delegados sindicales las mismas garantías que la representación unitaria?, b) ¿se aplica el plazo del año del art. 68 c) ET a otras garantías de los representantes de los trabajadores, y concretamente al derecho de opción del art. 56.4 ET?, o dicho de otra manera, ¿es posible conectar el art. 68 c) ET con el 56.4 ET?; y sobre todo c) al haber sido destituido el delegado sindical, ¿es de aplicación la garantía del año postmandato, teniendo en cuenta que el art. 68 c) ET establece que no se aplicará a tales representantes que hayan sido cesados por dimisión o revocación?, o dicho de otra manera, ¿son situaciones asimilables la destitución del delegado sindical y la revocación del representante unitario?

Tal como hemos dicho la instancia otorgó el derecho al trabajador, la empresa recurrió en suplicación. Dicho recurso se basaba fundamentalmente en dos alegaciones. De un lado, estimaba que no era posible la concesión de tal derecho al antiguo delegado sindical, pues entendía que al haber perdido tal condición no era de aplicación la garantía del art. 56.4 ET, sino solamente la contenida en el art. 68 c) ET. Por otra parte, esta garantía tampoco es de

¹ STSJ de Madrid de 3 de octubre de 1997, Ar 4248; STS de 29 de diciembre de 1998, Ar 447 de 1999 y la STC 229/2002.

aplicación, en cuanto a establecer una ampliación durante un año a partir de la finalización del desempeño del cargo de delegado sindical, pues el actor cesó por destitución de sus compañeros. Tal como hemos señalado antes dicha garantía es de aplicación siempre que el representante no haya dimitido o haya sido revocado (evidentemente esta norma está pensando en un miembro de representación unitaria); en base a ello, estima la recurrente que la destitución por la sección sindical debe asimilarse a la revocación, por lo que la garantía es inaplicable a este supuesto. Ambas pretensiones fueron rechazadas por parte de la STSJ de Madrid de 3 de octubre de 1997, AS 4248².

Ante esta respuesta la empresa recurrió en casación para la unificación de la doctrina, en base a los dos argumentos antes señalados. La STS de 29 de diciembre de 1998³, analiza tan sólo la segunda de las alegaciones al entender que la apreciación del segundo hace innecesario el estudio del primero. Se centra, por tanto, tan sólo en el segundo de los argumentos: la asimilación o no entre revocación y destitución; o lo que es igual, si es de aplicación el año de garantía postmandato. A este respecto hemos de señalar que el TS se inclina por favorecer la tesis de la empresa y entender que entre tales términos hay plena asimilación: “La diferencia terminológica tiene su origen única y exclusivamente en razón del sistema de elección, pues revocar significa dejar sin efecto un mandato o una resolución, mientras que destituir hace referencia a la acción de separar a alguien del cargo que se ejerce (...) Tanto en uno como en otro supuesto estamos ante la anulación de esta representatividad, en virtud de decisión de las personas o de la Entidad que la concedió, contemplándose así uno de los supuestos del cese de las garantías, pues las mismas únicamente se gozan cuando la pérdida de la condición del representante lo es únicamente por la causa natural del transcurso del tiempo, pero no en los supuestos en el que la misma tiene lugar por esa revocación o destitución, o por voluntad del propio interesado en virtud de su dimisión”.

Ante esta última resolución, el trabajador despedido decide acudir en amparo ante el TC. La base argumental es que la STS es contraria al derecho de libertad sindical (art. 28.1 de la Constitución). La cuestión de fondo en todo caso se refiere, como no, a dilucidar si a un delegado sindical destituido se le aplica la misma conclusión que a un representante unitario revocado; es decir, que no se le aplica el año de protección postmandato. A este respecto es evidente que tanto el recurrente como la empresa mantienen las posiciones que desarrollaron ante el TSJ y el TS. Si acaso hemos de mencionar que el Ministerio Fiscal se

2 En cuanto a la primera de las cuestiones (1 año aplicación del art. 56.4 ET por haber dejado de ser delegado sindical, de modo que sólo debería ser aplicable el art. 68 letra c ET), resuelve la Sentencia que muy al contrario, dicha interpretación debe rechazarse, pues “el art. 68, c) y el 56.4 del ET son las dos facetas de la misma garantía que el legislador establece para tutelar un derecho fundamental como la libertad sindical (...) la inversión del derecho de opción en la improcedencia no es sino la técnica jurídica con cuyo ejercicio se hace efectiva la prohibición de despedir sin causa procedente al representante «durante el ejercicio de sus funciones, ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato»”. De otro lado, en cuanto a la asimilación entre revocación y destitución, si bien son dos mecanismos que suponen la pérdida de la condición de representante, hay una importante diferencia entre ambas que impide la analogía por falta de identidad de razón: “la revocación es causa extintiva excepcional del representante mientras que la destitución es la usual del delegado y la primera es reglada y la segunda discrecional. Ahora bien, el Juez resuelve casos concretos, supuestos de la vida y no problemas abstractos. Y en el caso de autos, como se desprende del «factum», el actor fue delegado sindical durante 4 años y no constando el procedimiento de destitución -a efectos de poder asimilarlo o no al de revocación- (...) plantearse la concesión de la opción a la empresa carece de sentido ...”.

3 Ar 447 de 1999.

interés por la concesión del amparo al recurrente, al estimar que no puede hablarse de semejanza entre revocación y destitución, al ser mecanismos propios cada uno de ellos de instancias representativas (la unitaria y la sindical) que no son homogéneas, sino que existen importantes diferencias en cuanto al sometimiento del mandato representativo a un plazo preestablecido⁴.

Esta es la postura que finalmente adopta el TC, aceptando que no es posible la analogía entre revocación y destitución. La destitución se convierte en el medio usual o habitual de extinguir la representación. Desde este punto de vista, no es posible aceptar la equiparación entre revocación (procedimiento extraordinario de extinción del mandato en la representación unitaria) y la destitución (procedimiento usual de extinción de la representación del delegado sindical)⁵. Evidentemente, si la destitución es el procedimiento normal en el ámbito de la representación sindical, eso supondría que jamás podría aplicarse el año de protección postmandato a los delegados sindicales, estableciéndose una diferencia de protección entre una y otra representación⁶.

Para terminar con el análisis de las diferentes posturas judiciales sobre esta cuestión, hemos de mencionar la presencia de un voto particular (ciertamente confuso), formulado por el Magistrado don Roberto García-Calvo, en el que se opta por entender que no es aplicable el derecho de opción al exdelegado sindical, al entender que el TC no ha razonado suficientemente la extensión de la garantía durante el año posterior a la finalización del ejercicio del cargo representativo, al derecho de opción; es decir, no se ha resuelto adecuadamente la integración entre los arts. 68 c) y 56.4 ET. Dicho de otra manera, al faltar esa conexión, el derecho de opción sólo podrá aplicarse a los representantes actuales, no a los que han dejado de serlo. Por otra parte, entiende que la conclusión a la que llega el TC, en el sentido de conceder el derecho de opción a los delegados sindicales durante el año posterior a la finalización de su cargo representativo, con independencia de su destitución, supone proteger más al exdelegado sindical que al exrepresentante: mientras los primeros reciben esta garantía con independencia de cómo hayan cesado su representación; por contra los representantes unitarios no perciben la garantía del año posterior si finalizan el mandato de manera natural, por agotamiento del mismo. Caso de agotamiento no natural, pierden dicha protección.

2. VINCULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CUESTIÓN

Tal como hemos señalado el problema que se plantea el TC se refiere a si debe extenderse o no a los delegados sindicales la extinción de la protección durante el año posterior a la finalización del mandato representativo, cuando el cese en dicha representación se haya producido por dimisión o revocación, o por procedimientos análogos en el ámbito de la representación sindical.

Esta es, aparentemente, una cuestión de simple legalidad, no de constitucionalidad. Es necesario, por tanto señalar la vinculación constitucional de esta cuestión que ha permitido al TC entrar a conocer de la misma. En todo caso, tampoco vamos a dedicar excesivo espacio a esta cuestión, pues no es el objeto de la Sentencia comentada, limitándonos a resumir la posición del TC sobre la cuestión⁷.

⁴ Vid. el apartado 7º de los antecedentes de la STC 229/2002.

⁵ STC 229/2002, FJ nº 6.

⁶ STC 229/2002, FJ nº 7.

⁷ Cuestión que dilucida la STC 229/2002 en su FJ nº 2.

Sobre esta cuestión hemos de recordar que estamos hablando de delegados sindicales. Este es un tema que se encuadra dentro de las secciones sindicales. Como sabemos la sección sindical tiene un doble aspecto⁸. En primer lugar, forma parte de la organización interna del sindicato, ocupando una determinada posición en la estructura organizativa del mismo. Desde este punto de vista la sección sindical forma parte inequívoca del contenido esencial de la libertad sindical, pues afecta a su capacidad organizativa.

De otro lado, la sección sindical tiene una segunda faceta que supone su actuación en el ámbito de la empresa; es decir, es representación sindical de carácter externo al sindicato. En este caso lo esencial es su papel frente al empresario, su carácter como mecanismo de representación, que desarrolla a través de los delegados sindicales. Desde esta perspectiva una de las cuestiones esenciales es la de su protección o garantías, establecidas en la regulación sustantiva. Para el TC tal regulación forma parte del contenido adicional (no esencial) del derecho a la libertad sindical; de ahí que estemos ante una materia de interés constitucional. Si se produce una interpretación judicial contraria a la aplicación de las garantías que concede el ordenamiento, estaremos entonces ante una violación del derecho a la libertad sindical.

3. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

3.1. A modo de introducción: Los diferentes mecanismos de protección o garantías de los representantes

Como es bien sabido en un sistema de relaciones laborales de carácter conflictivo, en el que empresarios y trabajadores tienen intereses contrapuestos y contradictorios⁹, requiere que los sujetos que representan los intereses laborales deban ser protegidos frente a las decisiones sancionadoras de los empresarios. En este sentido hemos de recordar como el art. 1º del Convenio nº 135 OIT establece que “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes (...)”.

Tradicionalmente se ha venido explicando el fundamento de la protección de los representantes de los trabajadores en la delicada posición de los representantes, que pueden verse perjudicados como consecuencia de la representación que ostentan¹⁰; ya que al ser también trabajadores están sometidos a las facultades directivas del empresario. Desde este punto de vista la protección de los representantes supone una garantía para la integridad del trabajador; es decir, es un mecanismo que garantiza su interés como trabajador individual.

⁸ Podemos remontarnos hacia atrás en la doctrina constitucional, pudiendo llegar hasta la STC 40/1985, donde se establece con toda claridad esta distinción. Vid. también la STS de 15 de febrero de 1990, Ar 1906; más recientemente la STSJ de La Rioja de 9 de mayo de 2002, Ar 2054.

⁹ En este sentido DEL VALLE, J.M., centra el eje de la regulación de garantías para el representante en el hecho de que el ordenamiento toma conciencia de la contraposición de intereses entre empresarios y trabajadores. “Algunas reflexiones sobre las garantías de los delegados sindicales (el art. 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical)”, página 202.

¹⁰ TUDELA CAMBRONERO, G.: “Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa”, Tecnos, Madrid 1988, página 34. Vid. la STC 191/1996 y la STC 114/1989.

No obstante lo anterior, es evidente que existe otro interés protegido de carácter colectivo, pues el hecho de que el representante esté protegido ante las represalias del empresario supone la posibilidad de que pueda desarrollar sin presiones sus funciones representativas, lo cual es evidente que repercute sobre la colectividad de los trabajadores que se verán así beneficiados¹¹. Respecto a cual es el interés básico protegido estimo que la posición más correcta es la que expresó DURAN LOPEZ al entender que la normativa sobre garantías de los representantes se dirige preferentemente a proteger el interés colectivo, de manera que en realidad sólo indirectamente se protege el interés individual¹².

El ordenamiento español responde a través del art. 68 ET, dedicado a las “garantías” de la representación unitaria (o tal como señala el citado precepto, representación “legal”)¹³. Concretamente el art. 68 establece las siguientes garantías:

En primer lugar, una garantía formal: la tramitación del expediente contradictorio en caso de sanción por falta grave o muy grave. El art. 55.1 ET regula esta misma cuestión como uno de los requisitos formales en caso de despido disciplinario, cuando afecta a quien “fuera representante legal de los trabajadores o *delegado sindical*”. Por otra parte, el art. 106.2 LPL establece que en caso de despido de representantes unitarios o *delegados sindicales*, habrá de aportarse por el empresario el expediente contradictorio.

En segundo lugar, una garantía de carácter sustancial: la prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos de suspensión o extinción de carácter tecnológico o económico. Sería más preciso señalar que este derecho se aplica a los supuestos de suspensión colectiva (art. 47 ET) y despido colectivo del art. 51.1 ET en todas sus causas. Para evitar dudas respecto al supuesto de despido objetivo “plural”, el art. 52 c) ET in fine establece esa extensión a “Los representantes de los trabajadores”. En cuanto a los traslados y desplazamientos, el art. 40.5 ET señala que “Los *representantes legales* de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo ...”.

En tercer lugar, el art. 68 c) ET establece una prohibición de sancionar o despedir durante el ejercicio de sus funciones, cuando tales medidas se basen en la actuación del trabajador como representante. La prohibición de despedir o sancionar no es absoluta, pues esta regulación se establece “sin perjuicio (...) de lo establecido en el artículo 54”; es decir, en caso de existir justa causa de despido disciplinario¹⁴, podrá acudir a ella para extinguir el contrato.

De otro lado este mismo precepto establece que la prohibición de despido o sanción no sólo alcanza mientras dure el mandato, sino que pervive durante el “año siguiente a la expiración de su mandato”. Ciertamente su interpretación es complicada tal como veremos posteriormente.

¹¹ Respecto de esta duplicidad de objetivos de protección son clásicas las manifestaciones de DURAN LOPEZ, F.: “Despido y sanción de los representantes sindicales”, REDT nº 1, página 53; también TUDELA CAMBRONERO, G.: Op. cit., páginas 35 y 36. Más recientemente VALLE MUÑOZ, F.A.: “La prioridad de permanencia del representante unitario y del representante sindical en la empresa”, Tribuna Social nº 102, página 8.

¹² Op. cit., página 59. También GORELLI HERNANDEZ, J.: “Los supuestos de readmisión en el despido”, Tecnos, Madrid 1996, página 22; o VALLE MUÑOZ, F.A.: Op. cit., página 8.

¹³ En realidad este precepto regula algo más que las garantías de los representantes de los trabajadores, también regula prerrogativas; es decir, de mecanismos instrumentales dirigidos a facilitar su actuación como representantes de los trabajadores. Sobre esta cuestión vid. OJEDA AVILES, A.: “Derecho Sindical”, Tecnos, Madrid 19995, páginas 354 y ss.

¹⁴ En realidad puede acudir a cualquier vía de extinción del contrato contenida en el art. 49 ET que no supusiese discriminación para el representante.

De otro lado, el art. 107 d) LPL establece que uno de los hechos que se estimen probados por la sentencia será si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante unitario o delegado sindical.

Además el art. 68 c) ET señala que la protección contra actos discriminatorios del empresario alcanza a los aspectos económicos y profesionales, pues el representante no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón del desempeño de la representación.

Además del art. 68 ET también hay que tener en cuenta al art. 56.4 ET, que otorga al representante el derecho de opción en caso de despido improcedente: establece que si el despido es “un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical”, la opción le corresponderá a estos y no al empresario. En idéntico sentido el art. 110.2 de la LPL.

En materia de ejecución de la Sentencia que condena a la readmisión, el representante tiene una fuerte protección. Según el art. 280 LPL, uno de los supuestos de ejecución en sus propios términos (readmisión) será cuando el despido sea delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, sea declarada la improcedencia y el trabajador haya optado por la readmisión. De otro lado, el art. 282 c) LPL prevé que en los supuestos en que el empresario no repone (readmite) al representante unitario o delegado sindical, una de las medidas que ha de adoptarse por el juzgador es que se permita que tales representantes continúen desarrollando su actividad representativa, sin que el empresario pueda oponer obstáculos a la misma.

3.2 Una cuestión no resuelta por la STC 229/2002: la necesidad de integrar los arts. 68 c) y 56.4 ET

Desde mi punto de vista uno de los principales problemas que plantea la estructura de la STC 229/2002 consiste en haber saltado una buena parte de los diferentes interrogantes jurídicos que plantea el régimen de garantías de los representantes de los trabajadores. En este sentido, el primer motivo que alega la empresa para recurrir en casación para la unificación de la doctrina es que las garantías a que se refiere el art. 10.3 LOLS como propias de los delegados sindicales son exclusivamente las contenidas en el art. 68 ET. Por tanto, la empresa defiende como punto de partida que no alcanza a los delegados sindicales el cambio de derecho de opción del art. 56.4 ET¹⁵. Esta cuestión no es resuelta por el TC, lo cual, hasta cierto punto es consecuencia de que tampoco esta haya sido una cuestión que haya interesado a la STS de la que procede el recurso de amparo¹⁶.

No obstante el Voto particular a la STC detecta con absoluto acierto esta cuestión, no sólo por el hecho de que al igual que nosotros hayamos notado en falta que una análisis mínimamente sistemático de la cuestión que debe dilucidarse requeriría este paso previo; además, es que tal como se recoge en el apartado 8º de los Antecedentes a la STC 229/2002, una de las alegaciones básicas que realiza la representación de la empresa es que no se ha

¹⁵ Vid. el FJ 1º de la STS de 29 de diciembre de 1998, Ar 447 de 1999.

¹⁶ Ciertamente el TS decide que esta primera cuestión no tiene que ser resuelta pues sería innecesario, ya que el segundo motivo se refiere a que no es posible mantener la protección del año posterior al haber sido destituido (estableciendo la analogía entre destitución del delegado sindical y revocación del unitario). En este sentido la STC 229/2002 acepta el planteamiento de análisis del TS eludiendo también la primera cuestión; así el FJ nº 3.

resuelto por el TS el primero de los motivos que adució. Tanto por una razón de mínima sistemática jurídica, como para satisfacer la alegación de la empresa, parecía necesario que el TC se hubiese referido mínimamente a esta cuestión. Cabe señalar así, una importante grieta a la construcción realizada por el TC en esta Sentencia¹⁷. En definitiva, parece imprescindible analizar si el derecho de opción protege a los que son exdelegados, durante el año posterior al dejar de serlo; sólo tras este análisis (más aún, sólo si tras analizar la cuestión anterior respondemos que es posible la integración entre 68 c) y 56.4 ET -si la respuesta fuese negativa no habría ya lugar a seguir adelante, de ahí la importancia de esta cuestión-), podremos plantearnos la asimilación entre revocación y destitución.

3.3. Identidad en las garantías de la representación unitaria y la sindical

Debemos enfrentarnos ahora a la primera de las preguntas que nos hicimos al iniciar este trabajo: ¿tiene los delegados sindicales las mismas garantías que la representación unitaria? Tal como hemos visto antes, si bien hay normas que establecen una regulación sobre garantías en la que los representantes unitarios y sindicales tienen idénticos derechos (sobre todo las de carácter procesal); por contra, en la regulación sustantiva, y especialmente en el art. 68 ET (no así el art. 56.4 ET) nos encontramos que los sujetos protegidos son los representantes unitarios. Esta regulación sustantiva supone diferentes niveles de protección entre la representación unitaria y la sindical.

No obstante lo anterior, el art. 10.3 LOLS señala expresamente para el supuesto en que los delegados sindicales no formen parte del comité de empresa, que “tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas”. Desde mi punto de vista el art. 10.3 cuando habla de garantías pretende extender a la representación sindical el conjunto de mecanismos de protección frente a la actuación empresarial del que goza la representación unitaria¹⁸.

Tomando este precepto podemos señalar lo que es una primera conclusión importante: los delegados sindicales han de tener exactamente el mismo nivel de protección que los

¹⁷ Concretamente esta cuestión es puesta de manifiesto por el Voto particular; así señala el Sr. Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel en su voto particular que sobre tan importante cuestión de realizar una interpretación integradora entre los arts. 68 c) y 56.4 ET “no se resuelve, aunque la integración o combinación de esos preceptos constituya el fundamento mismo del derecho que se invoca (...) nadie parece discutir que al Sr. Carmona puede llegar a corresponderle el derecho de opción del art. 56.4 LET únicamente si procede una armonización del régimen de este precepto con las garantías adicionales del art. 68 c) LET. En otros términos, si no fuera posible la integración de ambos preceptos, ni siquiera sería posible afirmar la hipótesis de la titularidad del derecho (...) obviamos todo pronunciamiento. De esa manera, presumimos -aunque no justificamos la posibilidad misma- que el régimen del art. 56.4 LET alcanza a todos los sujetos protegidos por el régimen del art. 68 c) LET. Esto es, partimos de que una regulación (la del 56.4 LET -derecho de opción-) que no incluye expresamente a los exdelegados sindicales en su ámbito de imputación (pues literalmente se predica de quienes fueran delegados sindicales o representantes unitarios en el momento del despido) les es sin embargo aplicable”.

¹⁸ En este sentido la STS de 15 de marzo de 1995, Ar 2014: “(...) gozan de los mismos derechos y garantías que en este caso, los órganos de representación en las administraciones públicas o en los comités de empresa, conforme recoge la misma Instrucción a la que anteriormente se refirió, y asimismo en el artículo 10.3 de la LOLS”. También SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: “Derecho Sindical”, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, página 273.

miembros de la representación unitaria. Es decir, con independencia de que el Estatuto de los Trabajadores prevea en determinados preceptos (especialmente en el art. 68 ET) que determinados mecanismos de protección se establecen para los representantes legales o unitarios, lo cierto es que a través del art. 10.3 LOLS tales garantías serán aplicables a los delegados sindicales. De otro lado, hay que tener en cuenta que a esta interpretación de paridad en los niveles de protección nos conduce también el art. 5 del Convenio nº 135 OIT, que prevé expresamente que en aquellos ordenamientos en los que existan dos canales de representación, la representación unitaria no se utilice en menoscabo de la sindical¹⁹.

A partir de aquí la cuestión de si el derecho de opción es aplicable a los delegados sindicales se simplifica: evidentemente los delegados sindicales cuyos despidos sean calificados como improcedentes, tendrán el derecho de opción. No puede ser otra la respuesta a tenor del art. 10.3 LOLS²⁰. En todo caso, recordemos que en la actualidad el art. 56.4 ET, al igual que el art. 110.2 LPL expresamente conceden el derecho de opción no sólo a los representantes unitarios, sino también a los delegados sindicales²¹.

No obstante lo anterior, hemos de señalar como algunos autores han entendido que las garantías a las que se refiere el art. 10.3 LOLS son exclusivamente las recogidas en el art. 68 ET, de modo que fuera de ellas sería necesario que fuesen atribuidas expresamente a los delegados sindicales por la regulación legal, citándose como ejemplo el art. 56.4 ET²². No es esta nuestra posición, entendemos que el art. 10.3 LOLS se refiere a cualquiera de las garantías establecidas en el ordenamiento, por lo que somos de la opinión que no es necesario que la concreta norma legal que regulase la garantía externa al art. 68 la atribuyese a los delegados sindicales. El art. 10.3 LOLS pretende establecer un criterio de paridad entre los distintos tipos de representación de los trabajadores en la empresa, y entender que las garantías de los delegados sindicales se limitan tan sólo a las establecidas en el art. 68 ET supondría otorgar un estatus de protección inferior a la representación unitaria²³.

¹⁹ Así dicho precepto establece que “cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes ...”. Este argumento podemos encontrarlo en POLO SANCHEZ, C.: “La posición de los delegados sindicales en el centro de trabajo: problemática actual tras la reforma laboral”, RL Tomo II de 1994, páginas 310 y 311.

²⁰ En este sentido CRUZ VILLALON, J.: “El reconocimiento legal de la representación y la acción sindicales en la empresa”, en VV.AA., “Comentarios a la Ley de Libertad Sindical”, Madrid 1986, páginas 278 y 279.

²¹ Sobre esta cuestión habría que señalar que en principio el art. 56.3 ET en su redacción original de 1980 se refería tan sólo a los “representantes legales”, expresión que como sabemos se utilizaba para mencionar a la representación de carácter unitario. No obstante, con posterioridad el art. 10.3 LOLS en 1985 extendía a los delegados sindicales todas las garantías de la representación unitaria (incluido, tal como hemos señalado el derecho de opción). La cuestión, si es que presentaba dudas, se resuelve a través del TA de la LPL de 1990, en la que a través de su art. 110 se extendía el derecho de opción en caso de despido improcedente, a los delegados sindicales. No obstante la redacción del art. 56.3 ET se mantenía incólume, hasta que a través de la reforma de 1994, se redactó de nuevo y se incluyó expresamente a los delegados sindicales como sujetos protegidos por el derecho de opción.

²² En este sentido POLO SANCHEZ, M. C.: Op. cit., páginas 317 y 318. Recoge esta misma interpretación, si bien no es partidario de la misma DEL VALLE, J.M.: “Algunas reflexiones sobre las garantías de los delegados sindicales (el art. 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical)”, AL nº 5 de 1986, páginas 203 y 204.

²³ En este sentido DEL VALLE, J.M.: “Algunas reflexiones ...”, op. cit., página 207.

Al respecto hay que señalar como, si bien refiriéndose a una cuestión diferente a la ahora analizada, el propio TC resalta la necesidad de que los mecanismos de protección sean idénticos entre delegados sindicales y representantes unitarios²⁴.

3.4. Interpretación integradora de los arts. 68 c) y 56.4 ET

Hasta aquí hemos resuelto la parte más simple y fácil de la cuestión: el delegado sindical, mientras que ostenta tal condición, tiene derecho a ser él quien opte entre la indemnización y la readmisión en caso de despidos improcedentes. Pero el caso en cuestión nos plantea una situación diferente: estamos hablando de un ex delegado sindical; es decir, alguien que ya ha dejado de serlo. ¿Establece el ordenamiento algún tipo de protección posterior al momento en que los trabajadores dejan de ostentar la representación? A este respecto el art. 7.2 de la Recomendación n° 143 OIT señala, una vez delineada la protección a los que son representantes en activo, que “La misma protección podría también otorgarse a los trabajadores que han cesado en sus funciones de representantes de los trabajadores”. En este sentido recordemos que el art. 68 c) ET nos dice que los miembros del comité de empresa y delegados de personal tendrán derecho a “No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54 (...)”.

En definitiva, nos planteamos ahora la respuesta al segundo de los interrogantes que nos planteamos al inicio de este trabajo: ¿se aplica el plazo de protección postmandato a otras garantías (formales o sustanciales) de los representantes de los trabajadores, y más concretamente al derecho de opción?

El punto de partida es reconocer, tal como deriva de lo analizado en el epígrafe anterior, que la garantía otorgada por el art. 68 c) ET se aplica tanto a la representación unitaria como a los delegados sindicales, tal como hemos deducido del art. 10.3 LOLS. Ahora bien, hay que tener en cuenta que hay dos obstáculos interpretativos para conectar el 68 c) y el 56.4 ET. En primer lugar, el art. 68 c) ET no es una norma precisamente clara como vamos a ver a continuación; su literalidad se presta a generar confusión. No obstante, el propio hecho de que una interpretación literal del precepto nos conduzca a soluciones absurdas nos beneficia, pues la única manera de salir del atolladero interpretativo de ese precepto es a través de una interpretación integradora con el resto de garantías. El segundo obstáculo es que la literalidad del art. 56.4 ET otorga el derecho de opción a los que son representantes, y no a quienes han dejado de serlo, por lo que, en principio, no parece que pueda extenderse al derecho de opción.

Pero vayamos por partes, ¿cuál es el verdadero significado del art. 68 c) ET? De entrada se establece el derecho a no ser despedido o sancionado por causas relacionadas con el ejercicio de la actividad representativa. Esto no impide la posibilidad de despedir, incluso disciplinariamente, siempre que se trate por hechos ajenos al ejercicio lícito de la actividad representativa, en este sentido la alusión al art. 54 ET. Esta garantía se extiende durante todo

²⁴ En este sentido el FJ n° 7: “Ciertamente, la equiparación producida por el legislador entre las representaciones sindicales y unitarias (art. 10.3 LOLS) ha de alcanzar a las excepciones de las garantías comunes a ambas representaciones, como señala la empresa comparecida en este proceso. Pero también *ha de permitir asimilar el propio régimen de garantías, pues, en caso contrario, se incumpliría el mandato legal equiparador contra la determinación expresa del art. 10.3 LOLS y del art. 56.4 ET*”. (Obviamente el subrayado es nuestro).

el tiempo que dura el “mandato”²⁵; y además durante el año siguiente a la expiración del “mandato”. Aquí encontramos un primer problema interpretativo de importancia. La ampliación al año posterior al mandato se refiere exclusivamente a una concreta garantía: no ser despedido o sancionado por el ejercicio lícito de la actividad representativa. Es decir, en principio esta extensión temporal no se refiere al resto de garantías.

Ahora bien, no debemos realizar una interpretación no literal de este precepto, pues nos conduce a una conclusión ilógica. Esta norma establece una prohibición de practicar represalias contra los representantes de los trabajadores. Desde la perspectiva actual estas represalias supondrían una conducta discriminatoria por parte del empresario. La tutela antidiscriminatoria, como es obvio, acompaña a los representantes y trabajadores en todo momento. Por contra, la literalidad del art. 68 c) ET establece que no se podrá sancionar o despedir ni durante el mandato ni durante el año posterior, por hechos relacionados con la acción representativa. A *contrario sensu* esta dicción literal nos conduciría a afirmar que transcurrido dicho plazo sería posible el despido por tales actuaciones. Evidentemente esta interpretación es absolutamente ilógica y absurda. Tal como señala Ojeda Avilés, de seguirse la interpretación literal resultaría que “un empresario vengativo tendría patente de corso para despedir al representante al cumplirse el año desde la terminación del mandato”²⁶.

Muy al contrario, y tal como hemos señalado antes, la protección antidiscriminatoria no sólo la ostenta el trabajador durante el ejercicio de la actividad representativa y durante el año posterior, sino durante todo el tiempo que dure la relación laboral con el empresario. Desde el punto de vista de la protección antidiscriminatoria, el año suplementario del art. 68 c) nada añade en realidad²⁷.

A la hora de darle sentido a la ampliación de este año suplementario, la opinión triunfante ha sido de la entender que en realidad se refiere al resto de garantías de los representantes de los trabajadores.

Podemos llegar a esta conclusión partiendo de los supuestos de pérdida de garantías por revocación o dimisión: en los casos de dimisión y revocación se pierden las garantías de los representantes tal como señala el art. 68 c) ET; ahora bien, es evidente que no puede perderse la tutela antidiscriminatoria o antirepresalia. ¿Cuales serán las garantías que se pierden en caso de dimisión o revocación? Evidentemente deben ser el resto de garantías previstas por el legislador para los representantes de los trabajadores. Luego, como acertadamente señala Tudela Cambroneró²⁸, a *contrario sensu* de lo dispuesto por el art. 68 c) ET, esto significa que tales garantías (las que se pierden por revocación o dimisión), también se disfrutarán durante el año posterior a la finalización del mandato. El papel del art. 68 c) ET es tanto establecer una norma que reitera la protección general antidiscriminatoria, como extender las garantías propias del representante de los trabajadores durante un año suplementario²⁹.

²⁵ Lo entrecomillo pues el término sólo es adecuado en caso de representación unitaria, en que si podemos decir que hay una situación de mandato representativo, pero es dudosamente aplicable a la representación sindical.

²⁶ “Derecho Sindical”, Tecnos, Madrid 1995, página 362. En la misma dirección SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: “Derecho Sindical”, Tirant lo Blanch, Valencia 1990, página 218; también GORELLI HERMANDEZ, J.: Op. cit., “Los supuestos de readmisión en el despido”, Tecnos, Madrid 1996, página 38.

²⁷ Como señala OJEDA AVILES, A., desde este punto de vista la admonición del art. 68 c) ET resulta pleonástica.

²⁸ “Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa”, Tecnos, Madrid 1988, página 54. En el mismo sentido GARCIA ROMERO, B.: “El despido individual de los representantes de los trabajadores”, Tomo V de 1997, página 553.

²⁹ En este sentido las SS.TS de 28 de junio de 1990, Ar 5531; 5 de noviembre de 1990, Ar 8547; 15 de marzo de 1993, Ar 1860; 20 de marzo de 1997, Ar 2607.

También es posible llegar a una conclusión similar a través de una interpretación histórica de la cuestión. Podemos remontarnos a la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 (Real Decreto Legislativo 1568/1980), cuyo artículo 111³⁰ extendía el año suplementario postmandato al expediente contradictorio, pues dicho precepto establecía la obligación de aportar el expediente contradictorio durante el plazo del art. 68 c) ET³¹. Más aún, ya el Decreto 1384/1966, de 2 de junio, sobre régimen de garantías de los trabajadores que desempeñan cargos electivos de origen sindical, establecía en su art. 5.1 con carácter general que la duración de la protección de las diferentes garantías reguladas en el mismo, se extendían durante todo el mandato e incluso durante el año posterior a la finalización del mismo³².

En conclusión, el art. 68 c) ET establece una ampliación a la protección de los representantes, que alcanza no sólo mientras que se ostenta la representación y durante el año posterior a la finalización del mandato. Ahora bien, ¿esa ampliación alcanza a todas las garantías? Es fácil conectar el año de ampliación con el resto de garantías establecidas en el art. 68 ET. ¿Pero y el art. 56.4 ET? ¿Es posible conectar el art. 68 c) con el 56.4 de modo que el representante también mantenga el derecho de opción no sólo durante la duración de la actividad representativa, sino también durante el año posterior al cese?

Desde nuestro punto de vista la respuesta debe ser afirmativa³³. De entrada, podemos volver a los antecedentes legislativos: el ya mencionado Decreto de 2 de junio de 1966 establecía en su art. 4 el derecho de opción en caso de despido improcedente, y a continuación, en el art. 5.1 señalaba que “Las garantías establecidas en el presente Decreto (es decir, la totalidad de tales garantías incluido el derecho de opción) se mantendrán durante el ejercicio de los cargos a que se refiere el número uno del art. 2º y por todo el año siguiente a la fecha del cese en tales cargos”. Sobran comentarios respecto a la interpretación de este precepto.

Por otra parte, estimo que no es de recibo una interpretación aislada de los preceptos sobre garantías de los representantes, al contrario este conjunto normativo debe ser interpretado como un todo. Desde este punto de vista hay una perfecta adecuación entre la configuración original de los preceptos recogidos por el art. 56.4 ET y los apartados a) y c) del art. 68 ET, y más aún, con el más moderno art. 280.1 a) LPL³⁴. Recordemos que en la redacción originaria del ET no se preveía la posibilidad de un despido nulo por discriminación; la medida más protectora era la prohibición de represalias del art. 68 c), que daba lugar al

³⁰ Esta norma establecía que “En los procesos instados con motivo de despido o sanción por falta grave o muy grave impuesta a los miembros del Comité de Empresa o a los Delegados de personal, durante el período a que se refiere el apartado c) del párrafo 1º del artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores, se aportará como prueba documental el expediente contradictorio previsto en el apartado a) del citado precepto”

³¹ En este sentido GARCIA MURCIA, J.: “Las garantías formales en el despido de los representantes legales de los trabajadores y su configuración en la jurisprudencia”, REDT n° 15, página 450. En el mismo sentido DEL VALLE, J.M.: “El expediente contradictorio previo a la imposición de sanciones a los representantes de los trabajadores en la empresa”, Documentación Laboral n° 32, página 59; también GORELLI HERNANDEZ, J.: Op. cit., página 38.

³² Sobre esta cuestión FERNANDEZ ARTIACH, P.: “Alcance temporal de la garantía formal de expediente contradictorio de los representantes unitarios”, RL Tomo II de 1998, página 693.

³³ Podemos encontrar la posición contraria en DURAN LOPEZ, F.: Op. cit., página 68. Vid. también la STS de 26 de abril de 1990, Ar 3500.

³⁴ Sobre esta cuestión vid. OJEDA AVILES, A.: Op. cit. páginas 234 y 235; también GORELLI HERNANDEZ, J.: Op. cit., página 20. También se muestra favorable a la extensión al delegado sindical de la protección del derecho opción incluso durante el año posterior a la finalización de su actividad representativa, GARCIA ROMERO, B.: “El despido individual de los representantes de los trabajadores”, Tomo V de 1997, páginas 552 y 553.

despido improcedente, que originaba el derecho de opción para el representante. Desde este punto de vista se constata perfectamente la conexión entre tales preceptos: un despido improcedente debe suponer el derecho de opción para el representante. Otorgar el derecho de opción a los representantes es realmente una protección esencial, probablemente la que aporta mayores garantías a los representantes de los trabajadores. No es sólo un simple cambio en la titularidad del mismo; es mucho más supone la diferencia entre permitir que el empresario de por extinguido el contrato de trabajo o no (a excepción de las extinciones por represalia o discriminación).

En esta misma dirección de interpretar la existencia de una conexión funcional entre el año de protección posterior a la finalización de la representación y el derecho de opción, podemos señalar a la propia jurisprudencia, que reconoce tal conexión por la que el titular del derecho de opción sigue siendo el trabajador exrepresentante, que haya sido despedido antes de transcurrir un año desde que cesó en el cargo representativo; se sostiene así la conexión funcional que existe entre la garantía de inmunidad relativa del art. 68 c) ET y la inversión del derecho de opción³⁵.

Por otra parte, podemos aludir a otro elemento a tener en cuenta, que aparece como tal en la propia STC 229/2002, pero que no fue tenido en cuenta y ni tan siquiera fue utilizado por la misma. Me refiero al principio de interpretación señalada por la misma en su FJ 4º establece como línea de interpretación de la normativa legal que afecta a un derecho fundamental sustantivo (como es el caso), aquella en la que el órgano judicial “ha de guiarse por el que hemos denominado principio de interpretación de la legalidad en el sentido favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, lo que no es sino consecuencia de la especial relevancia y posición que en nuestro sistema tienen los derechos fundamentales y libertades públicas”. Desde nuestro punto de vista bajo este canon de interpretación de los arts. 68 c) y 56.4 ET no cabe más remedio que aceptar la lectura integradora de los mismos, y aceptar que el año de protección postmandato afecta también al derecho de opción en caso de despido improcedente.

Frente a esta argumentación hay que destacar como la STC 229/2002 se limitó a aceptar de manera implícita una interpretación previa, favorable a entender que el año postmandato cubre también a los exdelegados sindicales; todo ello sin molestarse mínimamente en fundamentar esta posición; lo cual es, a mi juicio, un grave error, pues o se fundamenta la integración entre los preceptos mencionados o no queda más remedio que acudir a la interpretación literal del art. 56.4 ET que sólo habla de conceder el derecho de opción a los que son representantes, sin referirse a los que ya han dejado de serlo³⁶.

³⁵ Así la propia STS de 29 de diciembre de 1999, Ar 447 de 1999, que da lugar al recurso de amparo. Concretamente dicha STS señala que “es fundamental la conexión funcional entre la inmunidad relativa y la facultad de opción, conexión evidente pues no resulta lógico otorgar la primera, si a través de un despido improcedente la entidad empleadora puede optar por la indemnización, consumando la desvinculación del representante sin causa justificada”. Dicho texto cita literalmente a la STS de 15 de mayo de 1990, Ar 4331, que destacaba justamente (si bien referida a un trabajador consejero general representante del personal en una Caja de Ahorros) esa conexión entre las garantías del art. 68 c) y el actual art. 56.4 ET; garantía de indemnidad relativa y derecho de opción.

³⁶ En este sentido se muestra también el Voto particular: “(...) el art. 56.4 ET sólo habla de los actuales representantes, no de los que dejaron de serlo, lo que obliga a una argumentación sólida para ampliar su protección subjetiva a quienes en principio están excluidos (...) Por tanto, o razonamos la integración (...) o, en su defecto, sometidos al tenor legal estricto, deberemos concluir que el legislador no ha querido dar más y nosotros no podemos sustituirle”.

4. EL CESE DE LA PROTECCIÓN POR REVOCACIÓN O DIMISIÓN: ASIMILACIÓN A LA DESTITUCIÓN

4.1. Limitación de la protección en caso de revocación y dimisión

Una vez que hemos analizado con suficiente precisión el tema relativo al régimen jurídico de las garantías de los representantes de los trabajadores podemos centrarnos en la cuestión a la que la STC 229/2002 dedica mayor atención. Tal como hemos señalado anteriormente representantes unitarios y sindicales tienen la misma protección, incluyendo el derecho de opción en caso de despido improcedente; además, el año de protección postmandato se aplica también al derecho de opción, de manera que un representante despedido antes de que transcurra un año desde que cesó su función representativa, es titular del derecho de opción. Ahora bien, el art. 68 c) ET establece una limitación a esta extensión durante el año posterior a la finalización de las tareas representativas: dicha protección se pierde en caso de que la expiración de las funciones se deba a “revocación o dimisión”. Los términos utilizados son bastante claros: la dimisión se refiere a la decisión voluntaria y unilateral del representante de cesar con anterioridad a la finalización del mandato³⁷. Por su parte, la revocación es un procedimiento regulado en el art. 67.3 ET a tenor del cual los propios sujetos que eligen al representante unitario pueden extinguir su representación a través de la decisión de la mayoría absoluta, adoptada en asamblea convocada al efecto. Tanto en un caso como en otro, desaparece la protección temporal suplementaria del art. 68 c) ET³⁸.

Parece que lo que pretende el legislador es establecer una regla a tenor de la cual se suprime la protección generada por el año postmandato, cuando los representantes no hayan finalizado de manera natural su mandato representativo; es decir, no hayan agotado, por la razón que sea, el mandato legalmente establecido. Esto supone que el año de protección suplementario sólo se disfruta cuando las funciones representativas lleguen a su término natural. En este sentido se manifestó la STS de 29 de diciembre de 1998, Ar 447, Sentencia que origina el recurso de amparo. Para esta resolución judicial el exrepresentante conserva las garantías durante el año posterior a la finalización de su función representativa, “cuando la pérdida de la condición de representante lo es únicamente por la causa natural del transcurso del tiempo, pero no en los supuestos en que la misma tiene lugar por esa revocación o destitución, o por voluntad del propio interesado en virtud de esa dimisión”.

Está claro que la norma realiza una importante supresión de la ampliación temporal de la protección, lo cual no siempre va a estar justificado desde nuestro punto de vista. En cuanto a la revocación, parece que el sentido de la misma es el de permitir la existencia de un control de la actuación representativa por parte de los electores, de manera que en aquellos casos en los que el representante desarrolle actuaciones contrarias a los intereses de los trabajadores, estos puedan eliminar el mandato representativo. La revocación se presentaría así como una especie de sanción ante una actuación incorrecta o criticada por los electores, que repercutiría no sólo con la pérdida del puesto de representante, sino con la pérdida de las garantías de protección a partir del cese, sin que se aplique el año postmandato. No obstante, tal como ha destacado TUDELA³⁹, la revocación no es necesariamente un mecanismo de

³⁷ Vid. la STS de 21 de diciembre de 1990, Ar 9818.

³⁸ SS.TS de 26 de diciembre de 1990, Ar 9838; 21 de marzo de 1985, Ar 1362.

³⁹ TUDELA CAMBRONERO, G.: Op. cit., página 55.

respuesta ante una incorrecta actuación representativa: basta que se genere una nueva mayoría entre los electores para que pidiesen la revocación, aunque la gestión no haya sido crítica; o la revocación puede basarse en problemas de carácter ideológico o de desacuerdo con la política que sigue el sindicato bajo cuyas siglas ha sido elegido el representante. ¿Tiene realmente sentido suprimir en estos casos la protección derivada de la ampliación temporal de las garantías? Evidentemente no.

Más criticable es todavía el supuesto de dimisión. Ciertamente podría decirse que en algún caso la dimisión puede deberse a la presión de los propios representados descontentos con los resultados de la actividad representativa, pero la verdad es que en la mayoría de los casos se debe a razones ajenas a la marcha de la actividad representativa; por lo que en realidad no se justifica de ninguna manera la supresión de ese año posterior de garantía.

En definitiva, no le vemos lógica a que una relación entre representantes y representados derive en la pérdida de garantías jurídicas aplicables a la relación entre el representante y el empresario⁴⁰.

A partir de aquí hemos de subrayar que en realidad el legislador cuando regula estos dos mecanismos de extinción del mandato, lo está haciendo en clave de representación unitaria. No olvidemos que en realidad el art. 68 ET regula sólo las garantías de miembros de la representación unitaria; garantías que se extienden posteriormente a los delegados sindicales por el art. 10.3 LOLS. Por tanto, hemos de insistir en que la intención del legislador es que los delegados sindicales disfruten de idénticas garantías que la representación unitaria, y ello en todos los sentidos; es decir, incluyendo las limitaciones de protección. Lo contrario implicaría establecer un régimen privilegiado de protección para la representación sindical, y no es esta precisamente la interpretación que se deduce del art. 10.3 LOLS, ni del Convenio nº 135 OIT. Dicho de otra manera, es evidente, a tenor del art. 10.3 LOLS, que las limitaciones de protección del art. 68 c) ET también son aplicables a los delegados sindicales.

No obstante lo anterior hemos de señalar una importante dificultad: representación unitaria y representación sindical no obedecen a una misma lógica en cuanto a su configuración, lo que puede dificultar la aplicación directa de las limitaciones del art. 68 c) ET. Hemos dicho que la limitación de dicho precepto está pensada para ser aplicada a un supuesto de representación unitaria; y esta se caracteriza por derivar de un sistema electivo, en el que los elegidos reciben un mandato representativo por un plazo delimitado; y en el que la insatisfacción de los representados pueda plasmarse en la revocación del mandato. Por contra, en la representación sindical, no contamos como en la representación unitaria con una regulación legal determinada; muy al contrario, la organización en el interior de la empresa de un sindicato es una materia propia de libertad sindical, y el legislador ha decidido que sean los estatutos de cada sindicato los que organicen las secciones sindicales y a los representantes de la misma. En este sentido no hay un mandato temporal; es decir, el ordenamiento no establece la duración máxima del desarrollo de las funciones representativas del delegado sindical; lo cual repercute sobre todo en el hecho de que la revocación del delegado sea un instrumento del todo desconocido en la representación sindical.

Una vez señalada esta cuestión hemos de analizar si existe o no asimilación entre los supuestos de revocación del representante unitario y la destitución del delegado sindical.

⁴⁰ En este sentido TUDELA CAMBRONERO, G.: Op. cit., página 56.

4.2 La interpretación del TSJ de Madrid: la STSJ de 3 de octubre de 1997⁴¹

La posición planteada por la empresa parte de afirmar que si bien la revocación no puede trasladarse a los delegados sindicales, que no tiene por qué ser nombrados por períodos específicos, eso no significa que el año de protección se extienda con el único límite de la dimisión. Por lo tanto, un supuesto como el de destitución supone una finalización “ante tempus” de la actividad representativa, por lo que debería asimilarse a la revocación.

La STSJ reconoce en primer lugar que debe existir una situación de equilibrio o igualdad entre las garantías de representación unitaria y sindical; equilibrio que implica que los delegados sindicales no tengan una mayor protección derivada de la simple inaplicación de la revocación⁴². Es decir, que resulta necesario insistir en que la desaparición de la protección derivada del año postmandato, debido a la revocación o dimisión, es aplicable a la representación sindical.

Ahora bien, tal como hemos señalado la revocación es un mecanismo pensado para la representación unitaria y no la sindical; de ahí que en realidad la desaparición de la protección del año postmandato se producirá en el caso de representación sindical, no por revocación, sino cuando la pérdida del carácter de representante se produzca por un procedimiento análogo a la revocación.

La cuestión será, lógicamente, dilucidar si hay analogía entre revocación y destitución; y la respuesta que nos va a dar la STSJ es negativa: defiende que revocación y destitución no son mecanismos asimilables, pues entre ellos no existe ese vínculo de identidad de razón necesario para que funcione la analogía. Mientras que en la revocación estamos ante un mecanismo excepcional de finalización de la actividad representativa; por contra, al no existir regulación alguna respecto al mandato de los delegados sindicales y estar remitida a los Estatutos Sindicales, hay que subrayar que la destitución es un mecanismo usual o normal para proceder a la finalización de la actividad representativa; razón por la que no es posible la asimilación entre ambos términos⁴³. Por otra parte, no es tampoco de aplicación, pues no consta como se desarrolla el procedimiento de destitución a los efectos de ser asimilado al de revocación⁴⁴.

4.3. La doctrina del Supremo en unificación de doctrina: la STS de 29 de diciembre de 1998⁴⁵

Si bien el TS parte de la extensión a los delegados sindicales del derecho de opción también durante el año posterior a la finalización de la actividad representativa, la conclusión a

⁴¹ Ar 4248.

⁴² FJ 5º: “Cuando el art. 10.3 de la LOLS establece para los delegados sindicales «las mismas garantías» comprende desde luego la de inmunidad posterior -garantía frente a las represalias- pero no otras distintas o mayores pues sería incurrir en un «ultravires» interpretativo, utilizar la igualdad que la Ley fija asimilando la representación sindical a la orgánica para reconocer a aquélla un estatus garantista mayor que le que corresponde a ésta”.

⁴³ FJ 5º: “(...) la referencia es analógica y atiende, pues, no a una identidad numérica sino a una identidad de razón y la revocación es causa extintiva excepcional del representante mientras que la destitución es la usual del delegado y la primera es reglada y la segunda discrecional

⁴⁴ “Y en el caso de autos, como se desprende del «factum», el actor fue delegado sindical durante 4 años y no constando el procedimiento de destitución -a efectos de poder asimilarlo o no al de revocación- (...)”.

⁴⁵ Ar 447 de 1999.

la que llega es totalmente contraria a la STSJ de Madrid. Para el TS revocación y destitución, pese a la diferencia terminológica (que obedece al distinto sistema de elección al que se someten la representación unitaria y la sindical), ambos términos hacen referencia a la misma noción: eliminar la representación en virtud de una decisión de los mismos sujetos que la han concedido⁴⁶.

De otro lado, la STS introduce lo que a mi juicio es una puntualización importante: cual es el sentido de la supresión de la garantía de protección durante el año posterior a la finalización de la representación. Para esta Sentencia se goza de esa ampliación de la protección siempre y cuando se haya dejado de ser representante por causa natural; es decir, por el transcurso del tiempo hasta llegar al término de la representación. Esto supone que no se extiende esta protección cuando se cesa en el desarrollo de las tareas de representación por causas diferentes⁴⁷.

4.4. La posición de la STC 229/2002 respecto a la asimilación entre revocación y destitución

Tal como hemos señalado el punto de partida del TS es el de entender que entre revocación y destitución existe una equivalencia, de manera que sólo cuando finalicen las funciones representativas por motivo natural (agotamiento del mandato) se podrá disfrutar la extensión de la protección durante el año posterior⁴⁸.

Para la STC el punto de partida es el de reconocer que el objeto del contrato es justamente dilucidar si la asimilación jurídica entre la destitución del delegado sindical y la revocación del representante unitario supone o no lesionar el art. 28.1 de la Constitución, al suponer la privación arbitraria al delegado de una de las garantías previstas legalmente⁴⁹. Para resolver esta cuestión la Sentencia estima conveniente el uso del canon interpretativo antes mencionada: al tratarse de un derecho sustantivo la situación debe juzgarse en función del principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la libertad sindical⁵⁰. Es decir, está sentando las bases de que es necesario realizar una interpretación favorable a facilitar la máxima irradiación de los contenidos del derecho constitucional a la libertad sindical en la interpretación de las normas de rango legal que le afectan.

⁴⁶ “La diferencia terminológica tiene su origen única y exclusivamente en razón del sistema de elección, pues revocar significa dejar sin efecto un mandato o una resolución, mientras que destituir hace referencia a la acción de separar a alguien del cargo que se ejerce (...) Tanto en uno como en otro supuesto estamos ante la anulación de esta representatividad, en virtud de decisión de las personas o de la Entidad que la concedió(...)”.

⁴⁷ El TS afirma que las garantías “únicamente se gozan cuando la pérdida de la condición del representante lo es únicamente por la causa natural del transcurso del tiempo, pero no en los supuestos en el que la misma tiene lugar por esa revocación o destitución, o por voluntad del propio interesado en virtud de su dimisión”.

⁴⁸ STS de 29 de diciembre de 1998, Ar 447 de 1999, FJ nº segundo.

⁴⁹ FJ nº 4.

⁵⁰ En este sentido afirma el FJ 4º que “A este Tribunal, por tanto, en supuestos como el que nos ocupa, en que se ven afectados derechos fundamentales sustantivos como el de libertad sindical, le corresponde verificar, por un lado, que el órgano judicial ha identificado adecuadamente el contenido del derecho o libertad y que, al adoptar la resolución pertinente, ha tenido presente esa exigencia de entender en ese caso concreto y aplicar el precepto de la manera que permita la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con ese contenido previamente definido”.

A partir de aquí la STC acepta los planteamientos iniciales de la STS de 29 de diciembre de 1998: ciertamente hay un inicial paralelismo entre revocación y destitución: en ambos casos podemos estar en situaciones en las que los sujetos que han conferido el mandato, también pueden eliminar el mandato concedido⁵¹. En el caso en cuestión, si bien el delegado fue elegido a través de la asamblea de afiliados, fue cesado por la comisión ejecutiva de la sección sindical, que actúa como órgano delegado de la misma. Por otra parte, a estos efectos son indiferentes los motivos de destitución: si bien es posible entender que la destitución, al igual que la revocación, se basa en la pérdida de confianza, el TC reconoce que “el delegado sindical no siempre es cesado de su cargo por pérdida de confianza”⁵²; es decir, no estamos necesariamente ante una sanción en sentido estricto. Al respecto habría que señalar que en realidad también en la revocación del representante unitario podemos encontrarnos que esta no obedece siempre a una pretensión sancionadora, sino que puede deberse a otros motivos bien distintos⁵³.

Hasta aquí hay cierta coincidencia con los planteamientos del TS, pero esta coincidencia se rompe justamente en la argumentación base de la STS de 29 de diciembre de 1998. Recordemos que esta estimaba que se mantiene el año de protección suplementaria sólo cuando la representación desaparece por causa natural; es decir, por el transcurso del tiempo; de modo que cuando se produce una revocación o una destitución se pierde ese año suplementario. Para el TC esta posición es inaceptable pues se estaría defendiendo la identidad entre dos mecanismos, revocación y destitución, cuando en realidad funcionan de modo diferente. El punto esencial de diferencia estriba en el hecho de que la estructura propia de la representación unitaria exige un determinado plazo de duración del mandato representativo; por contra, este elemento no se da en los delegados sindicales, pues la LOLS se remite a los Estatutos de cada sindicato para que regulen esta cuestión como lo consideren oportuno, pues estamos ante una cuestión propia de libertad sindical. La STC juzga que esta diferencia es esencial, “por lo que no existe identidad de razón, al partirse en la normativa de representación unitaria de la base de la duración determinada del mandato electoral, y depender, en cambio, la duración de la condición de delegado sindical de lo que establezcan los estatutos del correspondiente sindicato o de los acuerdos que pudieran adoptarse en el seno de la sección sindical”⁵⁴. Lógicamente, al no haber identidad de razón, no es posible la analogía y la asimilación entre revocación y destitución.

Lo que pretende decirnos el TC es que al existir una duración prefijada del mandato representativo, el procedimiento normal de finalizarlo es a través del agotamiento de dicha duración. La revocación se configura así como un mecanismo de extinción excepcional, a través del cual podemos cesar al representante con anterioridad a la finalización del mandato. Por contra, en el caso de los delegados sindicales, la regulación legal no ha establecido

⁵¹ En este sentido el FJ nº 5, que señala la existencia de “un evidente paralelismo con el régimen revocatorio que para los representantes unitarios establece el art. 67.3 LET y que parte de la premisa de que, lógicamente, a quien confirió el mandato es a quien puede corresponder su revocación. A tal efecto, es preciso tener presente que el sistema de designación de los delegados sindicales previsto en nuestro ordenamiento (...) justifican la existencia de una vinculación estrecha y directa entre delegados y afiliados al sindicato (...) La destitución supone una elección de signo contrario -una contraelección para el representante afectado- por lo que requerirá de un procedimiento similar al seguido para la atribución del cargo”.

⁵² STC 229/2002, FJ nº 5.

⁵³ Sobre esta cuestión vid. TUDELA CAMBRONERO, G.: Op. cit., página 55.

⁵⁴ FJ 6º.

duración alguna al mandato, por lo que no hay, como en la representación unitaria, una manera “natural” de extinguir la representación por simple agotamiento del mismo. Desde este punto de vista, el TC juzga que la destitución no es una forma excepcional de finalización del cargo representativo, sino que es la forma común de extinguir el mandato⁵⁵. En definitiva, la opinión del TC va a coincidir con la opinión que mantenía la STSJ de 3 de octubre de 1997, Ar 4248, y que hemos analizado anteriormente. Más aún, esta es la misma posición que ha sostenido el Ministerio Fiscal, que se interesó por la concesión del amparo por idénticas razones⁵⁶.

En todo caso esta posición del TC merece una reflexión: ¿cómo llega el TC a la conclusión de que la destitución es el procedimiento “normal” de extinción de la representación sindical? Como hemos visto antes nada hay regulado respecto al mandato de los delegados sindicales, quedando esta cuestión a la decisión que pueda adoptarse en los Estatutos de cada sindicato. Si esta es una cuestión que queda bajo la potestad de decisión de cada sindicato ¿cómo puede decirse con carácter absolutamente general (puesto que esta conclusión puede aplicarse no al sindicato al que pertenece el exdelegado -FES-UGT-, sino a cualquier otro sindicato) que la destitución es el proceso normal de pérdida de la capacidad representativa?. ¿Cómo puede saber el TC que los diferentes Estatutos sindicales coinciden en este punto?; más aún, ¿cómo es consciente que los diferentes Estatutos sindicales no regulan de distinta manera el mandato de los delegados? Por ejemplo, sería perfectamente posible que diferentes Estatutos sindicales otorgasen un mandato representativo limitado en el tiempo (coincidente con el mandato de la representación unitaria, lo cual no sería nada extraño dada las relaciones que pueden establecerse entre los representantes sindicales y los unitarios que pertenecen a un mismo sindicato⁵⁷). En este caso la destitución sería un mecanismo asimilable perfectamente al instituto de la revocación. En definitiva, puede ser que la destitución sea un mecanismo normal para finalizar la representación, pero también puede no serlo, y el TC no ha justificado, a mi juicio, suficientemente su respuesta, por lo que existe una importante quiebra en su razonamiento.

⁵⁵ Así, afirma la STC 229/2002, que “en ausencia de expresa previsión estatutaria que establezca un período de atribución del mandato, la destitución del delegado sindical se convierte en el método usual de pérdida de dicha condición pues, tal y como señala la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, si la revocación es la causa extintiva excepcional del representante unitario, la destitución es la usual del delegado, siendo la primera reglada y la segunda discrecional, lo cual llevaría, como ponen de manifiesto los recurrentes en su demanda de amparo, a que si se pretende equiparar las garantías del delegado sindical con el representante legal de los trabajadores aquél debería permanecer en su cargo de manera indefinida”.

⁵⁶ En este sentido puede verse la posición del Ministerio Fiscal en el apartado 7º de los Antecedentes a la STC 229/2002: “(...) la noción de «revocación» utilizada por el art. 68. e) LET no puede razonablemente hacerse equivalente sin más con la de «destitución o cese» de los delegados sindicales, puesto que con respecto a éstos y al no ser electivo su cargo ni hallarse sujeto a término o a la duración de un plazo preestablecido, cualquier cese dispuesto por la sección sindical en la empresa no puede interpretarse siempre como un acuerdo de carácter sancionador o de censura, privando en todos los casos de la oportuna garantía de indemnidad a aquel delegado que simplemente fuera sustituido en el cargo por otro (...) son heterogéneos los conceptos de representante unitario y delegado sindical, que ni tiene igual origen (en un caso elección por los trabajadores y en el otro designación por los afiliados), ni participan de equivalente régimen de desempeño (ya que, dice el Fiscal, en el primer caso al miembro del comité de empresa le puede ser revocado su mandato o bien mantenerse en el cargo hasta transcurrir el término previsto, mientras que en el segundo no existe término predefinido o duración de la representación”.

⁵⁷ Sobre el reconocimiento del enorme grado de interacción entre sindicato y representación unitaria, vid. la STC 95/1996, FJ nº 3; también la STS de 21 de julio de 1987, Ar 5700.

De otro lado, además de que falte un razonamiento mínimo que permitiese al TC plantear una perspectiva de carácter general, es que también falta el conocimiento de los Estatutos del sindicato en cuestión (FES-UGT). En esos Estatutos debe encontrarse la regulación (o la ausencia de regulación), que han de permitir dar una respuesta a favor o en contra de la asimilación entre revocación y destitución. No obstante, no hay la mínima referencia al contenido de los mismos en la STC 229/2002. Aunque esta cuestión no se haya planteado con anterioridad en el iter procesal precedente, lo cierto es que estamos valorando la adecuación constitucional de la resolución del TS al derecho a la libertad sindical en su faceta de representación; y para ello parece imprescindible conocer la regulación interna del sindicato sobre el sentido jurídico de la destitución. Sólo así podría darse una respuesta verdaderamente fundada respecto a si la destitución es, en el caso concreto, un procedimiento normal o excepcional de finalización del cargo representativo.

Hay por tanto que imputar a la STC 229/2002 no sólo que ha llegado a una generalización excesiva sin una argumentación suficiente para ello; además, tampoco ha entrado a analizar la regulación estatutaria que debería haber sido clave para resolver este supuesto. En definitiva, aunque la respuesta fuese acertada, lo cierto es que falta la base argumental para llegar a la misma.

Una vez que el TC afirma las diferencias entre la representación unitaria y sindical, el TC retorna al origen del problema (es curioso que lo haga para finalizar su argumentación): el art. 10.3 LOLS establece para los delegados sindicales una equiparación a las garantías de la representación unitaria. Ahora bien, esa equiparación, lógicamente debe afectar también a los aspectos negativos; es decir, a las limitaciones de tales garantías, como la contenida en el art. 68 c) ET. Ahora bien, el TC entiende que tales limitaciones deben adaptarse a las diferencias de régimen jurídico existentes entre representación unitaria (que procede de la elección entre todos los trabajadores, supone un mandato temporal y, por tanto, la posibilidad de revocación) y representación sindical (elegida entre los afiliados, sin mandato temporal y finalizando, por tanto, por destitución como procedimiento normal). Desde este punto de vista, si se aplica el régimen propio de la representación unitaria, admitiendo la asimilación entre revocación (procedimiento excepcional) y destitución (procedimiento normal), resultaría que el nivel de protección de los delegados sindicales sería inferior⁵⁸: si los delegados sindicales normalmente cesan a través de su destitución, eso significaría que los delegados sindicales nunca podrían beneficiarse del año suplementario.

En este sentido el TC, recordando que el art. 10.2 de la Constitución señala que las normas relativas a derechos fundamentales han de interpretarse de conformidad a los Tratados internacionales, acude al Convenio n° 135 OIT, cuyo art. 5, como sabemos, establece que en aquellas empresas en las que existan los dos canales de representación, la representación unitaria no se utilice en menoscabo de la sindical⁵⁹. Es el mismo argumento que el propio TC utilizó ya con anterioridad, para resolver la STC 95/1996⁶⁰.

⁵⁸ STC 229/2002, FJ n° 7.

⁵⁹ STC 229/2002, FJ n° 7: "A tal efecto, el Convenio 135 de la OIT, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, contempla en su art. 5 esa coexistencia entre representaciones unitarias y sindicales, estableciendo cautelas para que un tipo de representación no se utilice en perjuicio de la otra (...) debe alcanzarse un adecuado equilibrio de intereses (...) Pues bien, el anterior resultado no se alcanzaría de aceptarse la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo".

⁶⁰ Vid. el FJ n° 6 de la STC 95/1996.

En conclusión: a) representación unitaria y sindical no son idénticas, existiendo importantes diferencias sobre todo en materia de duración del mandato (en la unitaria hay una duración máxima legal, no así en la sindical); b) a la representación sindical ha de aplicarse el mismo régimen de garantías de la representación unitaria, incluyendo también sus limitaciones; c) la revocación funciona como mecanismo excepcional que limita el mandato cuando este se sujeta a un plazo máximo, luego es un mecanismo inaplicable a la representación sindical; no puede existir, por tanto, asimilación con la destitución del delegado sindical, pues la destitución es un mecanismo ordinario; d) si se entendiese que la destitución es asimilable a la revocación, el delegado sindical recibiría una protección de inferior calidad que en el representante unitario; e) si hay una protección inferior estamos incumpliendo lo previsto en el Convenio 135 OIT, por lo que se estaría violando el derecho a la libertad sindical.

No obstante hemos de insistir en que el TC no justifica suficientemente su posición, pues no ha razonado, ni con carácter general, ni en relación al supuesto concreto, que la destitución sea un mecanismo ordinario de extinción del mandato. Más aún, siguiendo la propia literalidad de la STC 229/2002, la destitución es un vocablo engañoso que admite distintos significados: “desde la revocación, de matiz claramente excepcional, hasta cualquier otra fórmula normal de remoción”⁶¹. Es decir, el propio TC admite que dentro del significado de “destitución” caben tanto supuestos de finalización del mandato de carácter absolutamente ordinarios, como mecanismos excepcionales (sancionadores o de sentido revocatorio). Es evidente que si esto es así, y al mismo tiempo el TC considera con carácter general que la destitución es el mecanismo normal de extinción del mandato del cargo sindical, el TC ha incurrido en una grave incoherencia, pues admite una cosa (que la destitución es el método usual o normal de finalización del mandato⁶²), y la contraria (que dentro de la destitución puede haber supuestos de finalización excepcional). De otro lado, esta última afirmación produce otra consecuencia: en aquellos casos en que la “destitución” tenga ese matiz de remoción o revocatorio, al no poder asimilarse a la revocación del art. 68 c) ET, resultaría que el representante sindical estaría más protegido que el representante unitario⁶³. Curiosa paradoja, sobre todo teniendo en cuenta que el art. 10.3 de la LOLS pretende extender a la representación sindical las mismas garantías de que goza la unitaria, pero no más.

⁶¹ FJ nº 7.

⁶² Recordemos el FJ nº 6.

⁶³ En este sentido el propio Voto particular afirma que “El resultado alcanzado sacraliza la incorrección del planteamiento, pues el propósito de evitar ese supuesto desequilibrio culmina paradójicamente en brusca descompensación, por cuanto, al no poder operar igual las excepciones del art. 68.c) según cual sea la condición representativa (legal o sindical), por razones obvias, se protege más al exdelegado sindical que al exrepresentante legal”.