

SUMARIO:

Despido disciplinario. Defecto de forma. Falta de audiencia previa al sindicato al que esté afiliada la trabajadora. Tres son los requisitos exigibles para que proceda el trámite de audiencia previa: que el trabajador esté afiliado a un sindicato, que el empresario conozca tal extremo y que haya delegados sindicales en la empresa. Lógicamente, el empresario solo está obligado a cumplir este trámite si efectivamente conoce la condición de afiliado de su trabajador, sin que se le obligue a realizar una labor de investigación al respecto. La carga de la prueba de que conocía tal circunstancia recae sobre el trabajador sancionado que alega el incumplimiento del trámite de audiencia. Este requisito afecta exclusivamente a los despidos disciplinarios y no se hace extensivo a otras extinciones, como por ejemplo los despidos por causas objetivas. En la demanda por despido disciplinario, además de los requisitos generales, se debe expresar la afiliación del trabajador en caso de que alegase la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin cumplir con el trámite de la audiencia previa de los delegados sindicales. La razón de ser de este trámite es la conveniencia de que los trabajadores afiliados a un sindicato tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario a cuyo riesgo de abuso pueden ser más vulnerables. Por ello, no se trata de notificar un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución, sino comunicar un proyecto de sanción o despido, en cuya decisión en firme puede influir la información que el delegado sindical proporcione al empresario, sobre determinados aspectos o particularidades de la conducta y de la situación del trabajador afectado. Debe llevarse a cabo la audiencia previa con la debida antelación, pues se trata de un trámite destinado a influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria. Por lo tanto, no puede considerarse tal una mera comunicación de la decisión de sanción efectuada el día anterior a hacerla efectiva. En cuanto a la notificación del expediente o de la sanción, puede efectuarse al delegado sindical o a la sección sindical, quien debe comunicárselo, a su vez, al delegado y en cuanto al momento de efectuarla, debe llevarse a cabo con anterioridad a la eficacia del despido, considerándose suficiente que transcurra un plazo mínimo de un día, equivalente a veinticuatro horas. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del trámite de audiencia previa, si bien la misma es preceptiva para garantizar el ejercicio del derecho de libertad sindical del trabajador afiliado so pena de nulidad de la sanción, sin embargo, cuando se impugna un despido disciplinario en el que se haya incumplido este requisito, este se calificará como improcedente. En cualquier caso, el trámite de audiencia previa no queda subsanado por el hecho de que una delegada sindical acompañara a la trabajadora durante la tramitación del expediente contradictorio que se incoo, ya que con el referido acompañamiento (que en ningún caso implica la comunicación a la delegada del proyecto de sanción ni que se le ofreciera la posibilidad de informar a la empresa sobre la conducta y circunstancias de la trabajadora) no se cumplen los requisitos exigidos jurisprudencialmente para cumplimentar este trámite legal, según la cual debe llevarse a cabo la audiencia por escrito y con la debida antelación para que cumpla su finalidad garantista.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 55 y 56.
Ley Orgánica 11/1985 (LOLS), art. 10.3.3.º.

PONENTE:

Don Eduardo Jesús Ramos Real.

Magistrados:

Doña MARIA DEL CARMEN SANCHEZ-PARODI PASCUA
Doña MARIA CARMEN GARCIA MARRERO
Don EDUARDO JESUS RAMOS REAL

?

Sección: JM

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.:

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000172/2021

NIG: 3803844420190006161

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000545/2021

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000721/2019-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: Bárbara; Abogado: CARLOS BERASTEGUI AFONSO

Recurrido: MARE NOSTRUM RESORT S.L. (HOTEL MEDITERRANEAN PALACE); Abogado: SERGIO GARCIA RUIZ

FOGASA: FOGASA; Abogado: ABOGACÍA DEL ESTADO DE FOGASA SANTA CRUZ DE TNF

?

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ-PARODI PASCUA

Magistrados

D./D^a. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO

D./D^a. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 14 de julio de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el rollo de suplicación interpuesto por D^a Bárbara contra la sentencia de fecha 23 de octubre de 2020, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL N^o 2 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 721/2019 sobre despido, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. EDUARDO RAMOS REAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos se presentó demanda por D^a Bárbara contra la empresa "MARE NOSTRUM RESORT, SL" (Hotel Mediterranean Palace) y contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y que en su día se celebró la vista, dictándose sentencia con fecha 23 de octubre de 2020 por el JUZGADO de lo SOCIAL N^o 2 de los de Santa Cruz de Tenerife.

Segundo.

En la sentencia de instancia y como hechos probados se declararon los siguientes:

PRIMERO. Doña Bárbara ha venido prestando servicios para la entidad, Mare Nostrum Resort, SL (Hotel Mediterranean Palace), con la categoría profesional de camarera de piso, en virtud de un contrato de trabajo indefinido, de 11 de mayo de 2007, pactándose una jornada de 40 horas semanales. Con anterioridad, a dicha fecha, había prestado servicios con la misma categoría, en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada, en la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, de 26 de diciembre de 2006, pactándose una vigencia desde el 26 de diciembre de 2006 al 25 de abril de 2007, a razón de una jornada semanal de 40 horas. Dicha relación laboral finalizó en virtud de desistimiento de la trabajadora (baja voluntaria), con fecha de efectos de 11 de marzo de 2007. La empresa expidió, en la misma fecha, documento que denominó de "liquidación y finiquito". Véase, copia de los indicados contratos de trabajo (documentos números 1 a 3 del ramo de prueba de la empresa) así como de la liquidación y finiquito (folio 5 del mismo ramo de prueba).

SEGUNDO. En virtud de escrito, fechado a 10 de julio de 2019, la empresa comunicó el despido, en igual fecha tanto, a la trabajadora como al Comité de Empresa, con igual fecha de efectos, con el siguiente tenor literal: (.) Por medio de la presente, la Dirección de la Empresa le comunica que ha tomado la decisión de proceder a su despido disciplinario, con efectos del día de hoy, 10 de julio de 2019, por la comisión de los hechos que, para su adecuada constancia, seguidamente le expondremos. La decisión disciplinaria adoptada tiene su fundamento en el artículo 54.2 b) y d) del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y en el artículo 40.2 y 40.4 del y Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (ALEH), de aplicación a la plantilla de la Empresa, al haber incurrido Ud. en la comisión de una infracción calificable como MUY GRAVE por transgresión de la buena fe contractual y, en particular, consistente en "2. Fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas ...J4 El robo, hurto o malversación cometidos en el ámbito de la empresa". Una vez finalizado el trámite de apertura de expediente contradictorio, en el que Ud. ha reafirmado las alegaciones que ha considerado oportunas el pasado día 8 de julio de 2019, a continuación le relatamos los hechos comprobados por esta Dirección, y los cuales no quedan desvirtuados por las alegaciones por Ud. presentadas: El pasado día 02/07/2019, la huésped de la habitación no NUM000, la Sra. Fermina, presentó una queja formal (incidencia 20826) a nuestra "Guest Relation", la Sra. Francisca, ya que salió de la habitación en torno a las 10:00 horas y al volver sobre las 11:15 horas, se encuentra la puerta de su balcón abierta, y le faltan 7€ que tenía encima de la cajonera, un cepillo de dientes y pasta Colgate, y una crema de cara "Creen Tea Neogen". Recibida dicha queja, se procede a revisar qué camarera tenía asignada la limpieza de dicha habitación, y se comprueba que no está asignada a nadie, puesto que es una salida de tarde. Es por ello que se solicitó la lectura de llaves de la puerta y dicha lectura indica que ha sido usted la camarera que ha accedido a dicha habitación en torno a las 10:00 horas, a pesar de no tenerla asignada a su control, y a pesar de que en repetidas ocasiones, se les ha solicitado al equipo de pisos que no accedan a habitaciones que no tengan asignadas a su control de trabajo. Como Ud. bien conoce, se ha advertido por parte de dirección en numerosas ocasiones que debe justificarse cualquier entrada-excepcional en habitaciones no asignadas, anotando por escrito el motivo en su correspondiente "task" e informando a su superior sobre la marcha, lo que Ud. tampoco llevó a cabo y, además, ha reconocido expresamente entrar en la habitación NUM000 el pasado día 2 de julio, sin tener asignada su limpieza, en el escrito de alegaciones presentado a la Empresa en fecha 8 de julio de 2019. Cuando la subgobernanta, la Sra. Juana, se dirige a donde usted se encontraba, ésta le preguntó el motivo de su entrada a dicha habitación sin tenerla asignada a su control de trabajo y, a su vez, le comunicó que la huésped se encontraba reclamando su dinero y unas pertenencias, a lo que usted respondió que pensó que era una salida -check out- y que no había visto ni ropa ni maletas. Este extremo se comprobó in situ que no era cierto, pues las pertenencias de la huésped se encontraban en la habitación NUM000

(maletas, ropa, etc.), por lo que en este punto Ud. engañó a su superior en un primer momento. Igualmente, en una primera aproximación para que diera explicaciones, Ud. tampoco dijo nada sobre las pertenencias que había sustraído de la habitación, provocando una grave desconfianza hacia su labor. Ante esta situación, la Sra. Juana llama a la gobernanta, la Sra. Lidia, para comentarle lo sucedido y lo comentado con usted. La Sra. Lidia le insiste a la Sra. Juana que la huésped sigue reclamando también sus pertenencias indicadas anteriormente (7 € encima de la cajonera, un cepillo de dientes y pasta Colgate, y una crema de cara 'Green Tea Neogen) -las cuales no aparecen-, por lo que le comenta que vuelva a dirigirse a usted para poder encontrarlas. Cuando la Sra. Juana llega de nuevo a donde usted se encontraba, usted le comenta que ya habló con la huésped y le devolvió las pertenencias, lo que ha vuelto a confirmar en su escrito de alegaciones presentado a la apertura del expediente contradictorio. A raíz de este incidente la huésped, la Sra. Fermina, la cual era una huésped asidua, puesto que ésta era su quinta estancia, y con un importe total facturado de casi 5.000,00 €, ha reflejado una queja en la página de Tripadvisor, en la que indica que no volverá a nuestro hotel, con la correspondiente mala imagen y reputación que este comentario le da a nuestro hotel, en una página que es visitada por millones de personas de todo el mundo. El hecho resaltado en sus alegaciones, relativo a una supuesta infracción parecida de otra trabajadora del Hotel acontecida hace nada menos que cinco años -y con otra Dirección-, no le exime del cumplimiento de sus deberes laborales, ni justifica que la Empresa deba actuar de uno u otro modo, pues cada caso en particular es único y concreto. Además, usted reitera una y otra vez a lo largo de su escrito, que carece de faltas o antecedentes negativos, lo que es absolutamente falso, pues no es la primera vez que la empresa adopta medidas disciplinarias frente a usted, y con motivo del incumplimiento de sus obligaciones. Los hechos descritos suponen varios incumplimientos de sus deberes laborales que, la Empresa no puede tolerar, tales como: (i) Acceder a la habitación de un huésped que no está asignada a su control, sin justificación (ii) Aprender o sustraer 7 €, un cepillo de dientes y pasta Colgate, así como una crema de cara Green Tea Neogen" de las pertenencias de la huésped, (iii) Ante la queja formal de ésta, mentir a su superior al indicarle que en la habitación no había pertenencias, (iv) comprobar en ese momento, in situ, que lo manifestado por usted es falso, pues en la habitación NUM000 se encontraban todas las pertenencias de la huésped, (y) En un primer momento, ocultar la sustracción de las pertenencias para, posteriormente, devolverse las a la huésped. Hechos como este, producen tanto a nuestros huéspedes hacia nuestro hotel, como a la dirección hacia su persona, una evidente falta de confianza. Este tipo de comportamientos, como Ud. comprenderá, no pueden ser tolerados por la dirección de la empresa. La imagen ofrecida a nuestros clientes, a los que prestamos todo nuestro mayor esfuerzo, dedicación y servicio para su comodidad y feliz estancia en nuestras instalaciones, es pobrísima y no acorde a la categoría de los servicios ofrecidos por nuestro complejo hotelero. Estos hechos están tipificados en el artículo 40.2 y 40.4 del Acuerdo Laboral Estatal para el Sector de la Hostelería (ALEH) como falta laboral muy grave, puesto que supone fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como aprender o hurtar pertenencias ajenas de los clientes, en ámbito de la empresa. El artículo 41.1 c) ALEH indica que las infracciones muy graves son sancionables con suspensión de empleo y sueldo de hasta dos meses, e incluso el despido disciplinario. Se le comunica que la falta es calificada en su grado máximo, dado que la Empresa no puede tolerar un comportamiento de esta magnitud, que ha provocado una muy mala imagen a nuestros clientes, además del descontento público y notorio manifestado por la Sra. Fermina, quien ha indicado que no volverá a nuestras instalaciones cuando ya había acudido asiduamente a la isla y siempre se había alojado en nuestro Hotel. La Empresa no puede poner en riesgo su buena reputación permitiendo que Ud. en futuras ocasiones pudiese incurrir en estos mismos hechos nuevamente. El despido surte efectos a partir de hoy, día 10 de julio de 2019. Sin otro particular, le comunicamos que en la sede de nuestras oficinas tiene a su disposición la liquidación de haberes oportuna y el certificado de empresa, rogándole se sirva firmar una copia de la presente a los efectos de acreditar su recepción. Contra esta carta puede usted interponer las acciones legales que estime oportunas. Le comunicamos que se traslada copia de esta carta al Comité de empresa a los efectos legales oportunos, así como a su Delegado Sindical. Sin otro particular, y rogándole se sirva firmar el duplicado de esta carta en señal de recibí, le saluda atentamente (...). Véase, copia de la carta de despido (documento número 8- folios 34 y siguientes del ramo de prueba de la empresa).

TERCERO. A fecha del despido, la citada trabajadora ostentaba la condición de afiliada del Sindicato Sindicalistas de Base. Hecho no controvertido.

CUARTO. Con carácter previo a la imposición de la sanción disciplinaria, la empresa comunicó tanto a la trabajadora como al Comité de Empresa, en virtud de escrito de 5 de julio de 2019, la apertura de expediente contradictorio, por los hechos que reseñaba haber acontecido, el 2 de julio de 2019, confiriéndoles un plazo de cinco días hábiles que finalizaría el 9 de julio de 2019, a las 15 horas, para formular alegaciones. Tanto la trabajadora como el Presidente del Comité de empresa presentaron escrito, en fecha de 8 de julio de 2019, en trámite de audiencia dándose aquí, por reproducidas sus consideraciones. Por su parte, la delegada sindical, doña Salvadora, acompañó a la trabajadora durante la tramitación del indicado expediente (véase, declaración de doña Salvadora). Véase, documentos números 5 a 7 del ramo de prueba de la empresa.

QUINTO. La trabajadora percibió en concepto de salarios, en el período comprendido entre el mes de julio de 2018 a junio de 2019, los siguientes importes brutos (incluida la parte proporcional de las pagas extras): 1. anualidad de 2018: . junio: 1.975,80; . julio: 500,16; . agosto: 1.404,90; . septiembre: 1.404,90; . octubre: 1.368,25; .

noviembre: 1.769,95; . diciembre: 1.847,94. 2. anualidad de 2019: . enero: 2.512,03; . febrero: 2.212,82; . marzo: 2.083,40; . abril: 2.214,80; . mayo: 2.147,87; . junio: 1.975,80. Véase, relación de nóminas, obrantes al documento número 4 (folios 10 y siguientes del ramo de prueba de la empresa).

SEXTO. El día 2 de julio de 2019, la huésped de la habitación del hotel número NUM000, la Sra. Fermina, presentó una queja al Hotel que se tramitó con el número de incidencia 20.826, manifestando que había salido de la habitación en torno a las 10:00 horas y al volver, sobre las 11:15 horas, se había encontrado con la puerta de su balcón abierta percatándose que le faltaban 7 euros, un cepillo de dientes y pasta, Colgate además de una crema de cara de la marca, "Green Tea Neogen". En atención a dicha queja, la subgobernanta del hotel, doña Juana, se dirigió a donde se encontraba la trabajadora, doña Bárbara, preguntándole sobre el motivo de la entrada a dicha habitación sin tenerla asignada a su control de trabajo y que la huésped de dicha habitación estaba reclamando un dinero y unas pertenencias, a lo que la trabajadora respondió que no sabía nada de dichas pertenencias y que había entrado a dicha habitación porque pensaba que era una salida ("check out") y que en los días anteriores, había realizado la limpieza de dicha habitación. Ante dicha situación, doña Juana llamó a la gobernanta del hotel, doña Lidia para comentarle lo sucedido y lo comentado por la trabajadora. La gobernanta le insistió a doña Juana que la huésped seguía reclamando sus pertenencias por lo que doña Juana se dirigió, nuevamente, a la trabajadora, doña Bárbara comentándole ésta que ya, había hablado con la huésped y que le había devuelto las pertenencias. Véase, declaraciones testificales de doña Lidia y de doña Juana.

SÉPTIMO. A la trabajadora, doña Bárbara, se le había asignado la limpieza de la habitación número NUM000, en los días anteriores, al 2 de julio de 2019. El día 2 de julio de 2019, no la tenía asignada en el listado de habitaciones. Véase, declaración de doña Juana y escrito de alegaciones presentado por la trabajadora, en el expediente contradictorio, de 8 de julio de 2019, en el que reconoció que dicha habitación no la tenía asignada en su listado de habitaciones, el día 2 de julio de 2019 (documento número 7- folio 30 del ramo de prueba de la empresa).

OCTAVO. Es práctica habitual en el hotel, que los clientes dejen propina para las camareras de piso. Dichas camareras están autorizadas para coger dicha propina siempre que no haya en la habitación del hotel pertenencias del cliente; ahora bien, cuando en la habitación asignada a una camarera además de dinero hayan otras pertenencias (cualquiera que sea su valor) hay instrucción de que la camarera ha de llamar al Centro de control informando de ello además de comunicar dicha circunstancia a la subgobernanta. Véase, declaraciones de doña Juana y doña Inés (antigua empleada del hotel, con la categoría de camarera de piso).

NOVENO. Ostentan el cargo de delegados sindicales del Sindicato, Sindicalistas de Base, los siguientes trabajadores: . doña Salvadora, . don Miguel Ángel, . don Adrian, . doña Teodora, . doña Lorenza. Véase, comunicaciones del Sindicato a la Dirección de la empresa, informando de tales nombramientos (folios 11 y siguientes del ramo de prueba de la trabajadora).

DÉCIMO. Finalmente, en fecha de 26 de julio de 2019, doña Bárbara presentó papeleta de conciliación ante el Semac, en impugnación de despido celebrándose el intento de conciliación, el 21 de octubre del mismo año resultando sin avenencia (véase, copia del acta relativa al intento de conciliación acompañada al escrito de la trabajadora de 29 de julio de 2019, obrante en autos).

Tercero.

La sentencia de instancia contiene el siguiente fallo:

Se desestima la demanda presentada por doña Bárbara frente a la entidad, Mare Nostrum Resort, SL (Hotel Mediterranea Palace) y, en consecuencia, se declara la procedencia del despido, con fecha de efectos, de 10 de julio de 2019.

Cuarto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la trabajadora demandante, siendo impugnado de contrario. Remitidos los autos a esta Sala se señaló fecha para la votación y fallo de la resolución, habiéndose cumplido con las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de instancia desestima las pretensiones ejercitadas por la actora, D^a Bárbara, trabajadora que ha venido prestando servicios para la empresa "MARE NOSTRUM RESORT, SL" en el Hotel Mediterranean Palace con la categoría profesional de Camarera de Pisos desde el día 11 de mayo de 2007, que solicitaba que se declarara la improcedencia del despido disciplinario del que fuera objeto el día 10 de julio de 2019, con los efectos inherentes

a dicha declaración, por entender que se habían respetado las formalidades del despido disciplinario y que habían quedado acreditados los incumplimientos contractuales reflejados en la comunicación escrita de despido (apropiarse de efectos de los clientes del hotel) y su gravedad intrínseca.

Frente a la misma se alza la actora mediante el presente recurso de suplicación articulado a través de dos motivos de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia, sea estimada íntegramente la demanda y se declare la improcedencia de su despido disciplinario, al entender contrariamente, que no se han cumplido los requisitos formales exigidos legalmente para el despido disciplinario y que tampoco ha quedado acreditada la realidad y la entidad de las faltas que se le imputan.

Segundo.

Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la trabajadora recurrente la infracción del artículo 55 párrafo 1º del Estatuto de los Trabajadores, del artículo 36 del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal del Sector de la Hostelería y del artículo 10 párrafo 3º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Argumenta en su discurso impugnatorio, en esencia, que no se han cumplido los requisitos formales a la hora de decretar el despido disciplinario de la actora por cuanto que la demandada, constándole la afiliación de la actora al sindicato "Sindicalistas de Base" (SB), nunca dio audiencia a los delegados sindicales del mismo.

El párrafo 1º del artículo 55 del estatuto de los trabajadores establece literalmente que:

"Forma y efectos del despido disciplinario.

1. El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

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

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

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato".

El artículo 10 párrafo 3º apartado 3º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical dispone lo siguiente:

"3. Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, 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, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo:

...3º Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos".

Por su parte el artículo 37 del V Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería, al regular el procedimiento sancionador, dispone textualmente que:

"La notificación de las faltas requerirá comunicación escrita al trabajador o trabajadora haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan, quien deberá acusar recibo o firmar el enterado de la comunicación. Las sanciones que en el orden laboral puedan imponerse, se entienden siempre sin perjuicio de las posibles actuaciones en otros órdenes o instancias. La representación legal o sindical de los trabajadores y trabajadoras en la empresa, si la hubiese, deberá ser informada por la dirección de las empresas de todas las sanciones impuestas por faltas graves y muy graves. Los delegados y delegadas sindicales en la empresa, si los hubiese, deberán ser oídos por la dirección de las empresas con carácter previo a la adopción de un despido o sanción a un trabajador o trabajadora afiliada al Sindicato, siempre que tal circunstancia conste y esté en conocimiento de la empresa".

Así las cosas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 55 párrafo 1º del Estatuto de los Trabajadores, del artículo 10 párrafo 3º apartado 3º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y del precepto convencional que acabamos de transcribir, en caso de sanción disciplinaria por falta grave o muy grave (incluida, por tanto, el despido) imputada a trabajadores afiliados a un sindicato, cuando el empresario conoce tal condición, es preceptiva la audiencia previa de los delegados sindicales para garantizar el pleno ejercicio del derecho de libertad sindical del trabajador afiliado.

Tres son, por tanto, los requisitos exigibles para que proceda este trámite:

que el trabajador esté afiliado a un sindicato;
que el empresario conozca tal extremo; y
que haya delegados sindicales en la empresa.

Lógicamente el empresario solo está obligado a cumplir este trámite si efectivamente conoce la condición de afiliado de su trabajador, sin que se le obligue a realizar una labor de investigación al respecto. La carga de la prueba de que conocía tal circunstancia recae sobre el trabajador sancionado que alega el incumplimiento del trámite de audiencia (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2011, 7 de junio de 2005, 31 de enero y 6 de marzo de 2001).

Este requisito afecta exclusivamente a los despidos disciplinarios y no se hace extensivo a otras extinciones, como por ejemplo los despidos por causas objetivas (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1995, 17 de febrero y 6 de junio de 1990). En la demanda por despido disciplinario, además de los requisitos generales, se debe expresar la afiliación del trabajador en caso de que alegase la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin cumplir con el trámite de la audiencia previa de los delegados sindicales.

La razón de ser de este trámite es la conveniencia de que los trabajadores afiliados a un sindicato tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario a cuyo riesgo de abuso pueden ser mas vulnerables (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1995). Por ello, no se trata de notificar un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución, sino comunicar un proyecto de sanción o despido, en cuya decisión en firme puede influir la información que el delegado sindical proporcione al empresario, sobre determinados aspectos o particularidades de la conducta y de la situación del trabajador afectado. Debe llevarse a cabo la audiencia previa con la debida antelación, pues se trata de un trámite destinado a influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2001, 7 de junio de 2005 y 12 de julio de 2006). Por lo tanto, no puede considerarse tal una mera comunicación de la decisión de sanción efectuada el día anterior a hacerla efectiva.

La notificación del expediente o de la sanción puede efectuarse al delegado sindical o a la sección sindical, quien debe comunicárselo, a su vez, al delegado y en cuanto al momento de efectuarla, debe llevarse a cabo con anterioridad a la eficacia del despido, considerándose suficiente que transcurra un plazo mínimo de un día, equivalente a veinticuatro horas (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2001, 7 de junio de 2005 y 12 de julio de 2006).

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del trámite de audiencia previa, si bien la misma es preceptiva para garantizar el ejercicio del derecho de libertad sindical del trabajador afiliado so pena de nulidad de la sanción (sentencia del Tribunal Constitucional 30/1992), sin embargo, cuando se impugna un despido disciplinario en el que se haya incumplido este requisito, éste se calificará como improcedente.

Llegados a este punto, hemos de recordar que en el recurso extraordinario de suplicación si la parte legitimada para interponerlo no impugna los hechos declarados probados, el Tribunal superior no puede modificarlos y habrá de partir necesariamente de ellos para resolver en derecho el problema sometido a su consideración (principio de inmodificabilidad ex officio de la narración de probanzas de la sentencia de instancia).

Partiendo de tal axioma, no habiendo articulado la demandante motivo alguno de revisión fáctica, hemos de tener en cuenta que de la inalterada declaración de hechos probados de la sentencia recurrida se desprende que: - a) D^a Bárbara ha venido prestando servicios para la empresa "MARE NOSTRUM RESORT, SL", en el Hotel Mediterranean Palace, con la categoría profesional de Camarera de Pisos desde el día 11 de mayo de 2007 (hecho probado primero); -b) el día 10 de julio de 2019 la empresa demandada le comunicó por escrito su despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, concretamente por apoderarse de efectos personales de una cliente del hotel cuando limpiaba su habitación (hecho robado segundo); -c) a la empresa le constaba la afiliación de la trabajadora despedida al Sindicato "Sindicalistas de Base" (SB), a la que descontaba de su nómina mensualmente las cuotas sindicales (hecho probado tercero, hecho conforme); -d) a la sección sindical de Sindicalistas de Base no se le comunicó la sanción de despido impuesta a su afiliada para que evacuara el trámite de audiencia con anterioridad al despido realizando las alegaciones que estimase convenientes, si bien la Delegada Sindical D^a Salvadora "acompañó a la trabajadora durante la tramitación del indicado expediente" (hecho probado cuarto).

La Magistrada de instancia considera que el trámite de audiencia previa del delegado sindical previsto en el artículo 55 párrafo 1º del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 36 del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal del Sector de la Hostelería, que no se llevó a cabo en la práctica como tal, quedó subsanado por el hecho de que una delegada sindical acompañara a la trabajadora durante la tramitación del expediente contradictorio que se incoo.

Para nada puede estar de acuerdo esta Sala con tal consideración pues, con independencia de que, como apunta la parte recurrente, esta Sala desconoce exactamente en que consiste la labor de "acompañamiento" en la instrucción escrita de un expediente disciplinario contradictorio, es lo cierto que con el referido acompañamiento (que en ningún caso implica la comunicación a la delegada del proyecto de sanción ni que se le ofreciera la posibilidad de informar a la empresa sobre la conducta y circunstancias de la trabajadora) no se cumplen los

requisitos exigidos jurisprudencialmente para cumplimentar este trámite legal, según la cual debe llevarse a cabo la audiencia por escrito y con la debida antelación para que cumpla con su finalidad garantista.

Así las cosas, necesariamente hemos de concluir que la empresa no ha cumplido con su obligación de dar audiencia previa a la sección sindical de Sindicalistas de Base (SB) en la empresa "MARE NOSTRUM RESORT, SL", sindicato al que estaba afiliada la trabajadora despedida, con lo que el despido disciplinario de la Sra. Bárbara, operado el día 10 de julio de 2019, al no cumplirse los requisitos de forma establecidos en el artículo 55 párrafo 1º del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 36 del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal del Sector de la Hostelería, ha de ser conceptuado como improcedente, conforme a lo dispuesto en los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con todas las consecuencias a ello inherentes.

A la hora de cuantificar la indemnización por despido improcedente nos encontramos con que la Magistrada de instancia no ha fijado el salario de la actora en hechos probados, incumpliendo con ello el mandato establecido en el artículo 107 letra a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, razón por la cual esta Sala lo ha de fijar por primera vez en sede de recurso, para lo cual obtiene la media aritmética de las percepciones de los últimos doce meses, teniendo en cuenta su carácter fluctuante, fijándose su salario diario en 59,22 €. Por ello se han de tener en cuenta los siguientes parámetros para fijar la indemnización debida: que el salario diario prorrateado de la actora asciende a 59,22 €, que la antigüedad se ha de computar desde el día 11 de mayo de 2007 y que la fecha del despido es el 10 de julio de 2019.

Primer tramo: 11 de mayo de 2007 a 11 de febrero de 2012 (58 meses redondeados): $59,22 \times 45 \text{ días} \times 58 = 16.021,69 \text{ €}$.

Segundo tramo: 12 de febrero de 2012 a 10 de julio de 2019 (89 meses redondeados): $59,22 \times 33 \text{ días} \times 89 = 14.494,09 \text{ €}$.

TOTAL: 27.374,44 €.

En atención a lo expuesto anteriormente y sin necesidad de entrar a resolver el segundo motivo de censura jurídica articulado por la actora, al no haber entendido lo mismo la Magistrada de instancia, procede la estimación del primero y, por su efecto, la del recurso de suplicación interpuesto por la demandante y, con revocación de la sentencia combatida, estimamos la demanda interpuesta y declaramos la improcedencia del despido disciplinario materializado por la empresa "MARE NOSTRUM RESORT, SL" (Hotel Mediterranean Palace) en la persona de la actora el día 10 de julio de 2019 y condenamos a la misma a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta resolución, opte por readmitirla o le abone una indemnización de 27.374,44 € y, en el primer caso, el importe de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 59,22 € diarios.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Bárbara contra la sentencia de fecha 23 de octubre de 2020, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL N^o 2 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 721/2019 y, con revocación de la misma, estimamos la demanda interpuesta por D^a Bárbara contra la empresa "MARE NOSTRUM RESORT, SL" (Hotel Mediterranean Palace) y contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y declaramos la improcedencia del despido disciplinario materializado por la referida empresa en la persona de la actora el día el día 10 de julio de 2019 y condenamos a la misma a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta resolución, opte por readmitirla o le abone una indemnización de 27.374,44 € y, en el primer caso, el importe de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 59,22 € diarios.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de origen, con testimonio de la presente una vez notificada a las partes y firme.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación

de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Tenerife nº 3777/0000/66/ el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.