

## Arbitraje 1/2011

DON ALBERTO IBARRA CÚCALÓN, Árbitro designado por Resolución de fecha 19 de septiembre de 2002 del Director General de Empleo y Relaciones Laborales del Gobierno de La Rioja, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 76.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el art. 31 del R.D. 1844/94, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la empresa, dicta el presente

## LAUDO

### ANTECEDENTES

PRIMERO. Con fecha 10 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro de la Oficina Pública de Elecciones Sindicales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, escrito de impugnación presentado por la Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT), en relación al proceso electoral seguido en la empresa XXX S.A.

SEGUNDO. En su escrito solicitaba que se declarara:

“a) al retroacción del procedimiento electoral al momento inmediatamente anterior al de la constitución de la mesa electoral “.

“b) la obligación de la empresa de aportar a la mesa electoral de la relación de trabajadores con contrato de hasta un año, y sus jornadas trabajadas, celebradas en el año anterior a la fecha del preaviso electoral, para su inclusión en el censo laboral de la empresa “.

“c) la inclusión, asimismo, por parte de la empresa en el censo electoral, de todos los trabajadores dados de alta o asimilada en la empresa a fecha de preaviso electoral “.

TERCERO. Con fecha 21 de enero de 2011 tuvo lugar la comparecencia a la que se refieren los artículos 76.6 del Estatuto de los Trabajadores, y 41 del Real Decreto 1844/94 de 9 de septiembre, asistiendo las partes que constan en la correspondiente acta.

En la misma, las partes realizaron las manifestaciones que consideraron oportunas. A la vista de la prueba practicada el Sindicato UGT consideró que era correcta la exclusión del censo del trabajador D. JST.

### HECHOS

PRIMERO. Mediante comunicación de la empresa XXX S.A. de fecha 2 de noviembre de 2010, realizada al Sindicato CCOO, se notificaba al mismo que iba a proceder al despido de la trabajadora D MCRV, afiliada al expresado Sindicato.

Por carta de fecha 4 de noviembre, notificada el mismo día, se procedió a despedir por causa disciplinaria a dicha trabajadora.

Expresado despido ha sido judicialmente impugnado, encontrándose, a fecha de hoy, en proceso la misma.

SEGUNDO. Por escrito dirigido a la Administración, con fecha de Registro 29 de octubre de 2010, el Sindicato UGT comunicaba la resolución de celebrar elecciones totales en dicha empresa, así como la fecha de inicio de las mismas (4 de enero de 2011).

TERCERO. El indicado 4 de enero se procede a la constitución de la Mesa Electoral.

CUARTO. Mediante escrito de 5 de enero, UGT formula reclamación en la que muestra su disconformidad por la no inclusión de determinados trabajadores en el censo laboral.

Salvo error por nuestra parte, no consta en las actuaciones dicha reclamación, pero sí la respuesta, del mismo día, dada por la Mesa Electoral.

- D. JST no se encuentra en el censo dado que ya no pertenece a la empresa al estar en situación de Incapacidad Permanente.

Como se ha dicho, este hecho es admitido ahora por el Sindicato impugnante, renunciando a la inclusión de dicho trabajador en el censo.

- D CRV no está incluida en el censo al haber sido despedida.

- Respecto a la inclusión en el censo de trabajadores con contrato temporal, afirma la misma que no existe ninguno en esta situación.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Tratándose de una cuestión previa, de analizar si en el presente caso existió reclamación ante la Mesa Electoral anterior a la impugnación formulada.

Efectivamente, tiene razón al indicar el Sindicato CCOO que no consta dicha reclamación en el expediente, pero si la contestación dada por la citada Mesa, en relación, se dice, al escrito presentado por el Sindicato UGT.

En consecuencia, el citado requisito se entiende cumplido.

SEGUNDO. Analizamos, a continuación, la cuestión relativa a si una trabajadora que ha sido despedida debe, o no, formar parte del censo de la empresa.

Este extremo ya ha sido objeto de análisis en Laudos precedentes.

Así, y recordando que el despido en el presente caso se habría producido antes de constituirse la Mesa Electoral, nos permitimos citar lo dicho en los Laudos acumulados 12 y 13/2003.

PRIMERO. Se discute en el presente arbitraje si una determinada trabajadora que ha sido despedida en fecha anterior a la formación del censo electoral definitivo, debe formar parte del mismo y, en consecuencia, tener el carácter de elector y elegible.

En este sentido, el artículo 6 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, que aprueba el Reglamento de Elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, establece lo siguiente en su apartado 5:

“A los efectos del cumplimiento de los requisitos de edad y antigüedad exigidos por el artículo 69.2 del Estatuto de los Trabajadores para ostentar la condición de elector y elegible, se entiende que los mismos habrán de cumplirse en el momento de la votación para el caso de los electores, y en el momento de la presentación de candidaturas para el caso de los elegibles”.

Si ello es así, la conclusión que obtendríamos es que, dado que en nuestro caso la presentación de dicha candidatura se habría producido en fecha posterior al despido de la Sra. AM, no podría ostentar ni la condición de elector, ni la de elegible, ni, en consecuencia, formar parte del censo electoral.

SEGUNDO. Sin embargo, debemos aclarar inmediatamente que la cuestión relativa a los trabajadores despedidos no es, en absoluto, pacífica, habiéndose producido respuestas diferentes y contradictorias tanto por la doctrina que ha estudiado esta

cuestión como por las diferentes Resoluciones Judiciales y Laudos arbitrales dictados al respecto.

TERCERO. Así, por lo que respecta a la doctrina, Miguel Falguera Baró y Rafael Sendra

Biedma, en su obra “Derecho Sindical: Elecciones Sindicales” (Ed. José María Bosch Editor, SL.) han mantenido lo siguiente (págs. 110 y 111):

“Por lo que hace a los trabajadores despedidos, el debate doctrinal ha sido -y sigue siendo- largo y complejo. En efecto, puede, de entrada, parecer extraño que un asalariado que ha visto su contrato rescindido por la voluntad empresarial tenga derecho de conformación de censo. La doctrina, sin embargo, ha sido prácticamente unánime a la hora de considerar dicha situación como incursa dentro de la condición censal, en aras tanto a preservar la función tuitiva del ius laborisimo, como en un intento de preservar los derechos de los trabajadores frente a posibles conductas antisindicales”.

Y mantienen que han de incluirse en el censo a los trabajadores despedidos cuando aún no se hubiera celebrado el juicio por despido o la preceptiva conciliación; igualmente consideran que, en idéntica situación electoral se encontrarían dichos trabajadores si se hubiera celebrado juicio recayendo Sentencia declarando el despido improcedente, sin que el asalariado fuera representante de los trabajadores, y el empresario recurriera la Sentencia u optare por la readmisión; incluso cuando el despido haya sido declarado improcedente en Sentencia firme y se esté pendiente del incidente de no readmisión o de la opción empresarial en el momento de elaboración del censo, todo ello referido al año 1996 en que se publicó dicha obra.

Por su parte, Carmen Blasco Pellicer, en “El nuevo procedimiento de elecciones sindicales” (Tirant lo Blanch, págs. 89 y 90), dice:

“Los pronunciamientos judiciales han sido muy diversos, dependiendo sobre todo del trámite procesal en que se encuentre el despido. Cuando un trabajador ha sido despedido, es claro que pierde automáticamente su vinculación con la empresa, desapareciendo del mismo modo los derechos electorales que pudiera tener hasta ese momento. Por lo tanto, producido el despido, los tribunales han entendido que el trabajador deja de conservar la condición de elector o elegible; es decir, deja de ostentar tal cualidad (la de trabajador) imprescindible para ser considerado elegible, con independencia de que se encuentre su situación *sub iudice*, porque el acto extintivo debe situarse en la decisión empresarial sin que sea atendible el argumento de que el tema de su despido se encuentre en los momentos actuales *sub iudice* pues en todo si el despido fuera declarado improcedente la empresa siempre podría resolver el contrato”.

Rodríguez Ramos y Pérez Borrego, en la obra “Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios” (Aranzadi, pág. 268), mantienen lo siguiente:

“A la larga lista de situaciones en que se pueden encontrar los trabajadores sin perder por ello su derecho de sufragio activo, algunos autores han añadido a los trabajadores despedidos con el despido recurrido ante la jurisdicción laboral, y a los trabajadores con despido declarado nulo por la jurisdicción social pendientes de la celebración del incidente de no readmisión”.

Finalmente, González Martín, en “Representaciones y acción sindical de los trabajadores en la empresa” (CISS, pág. 62), considera que han de incluirse en el censo

“a los trabajadores despedidos en determinados supuestos y, desde luego, cuando tras un despido aparentemente disciplinario se oculta una violación del derecho de libertad sindical acreditada mediante indicios”.

CUARTO. La misma falta de unidad mantienen las diferentes Resoluciones Judiciales que se han acercado a la cuestión.

Así, las Sentencias del Tribunal Constituciones de 23 de noviembre de 1981, la 78/82 y la

180/94 de 20 de junio, han considerado que cuando el despido opera como una represalia empresarial frente al ejercicio por el trabajador de derechos fundamentales (por ejemplo, y en la Sentencia última citada, por haberse presentado un trabajador como candidato o miembro del Comité de empresa), el mismo ha de considerarse radicalmente nulo.

Sin embargo, también aclaran dichas Resoluciones que para que ello ocurra, ha de comprobarse la existencia de indicios de que la causa atentatoria a un derecho fundamental se hubiera producido.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2001, citada en el acto de comparecencia por el Sindicato CCOO., llega a decir lo siguiente: “aunque es cierto que la Sentencia recurrida revoca el Laudo arbitral y declara ajustada a derecho la decisión de la mesa electoral de no proclamar la candidatura de la hoy demandante de amparo (...) porque a la fecha de proclamación de candidaturas la recurrente ya no era trabajadora de la empresa (...) interpretando que la decisión empresarial de despedir surte efectos inmediatos desde la fecha del despido (decisión ésta perfectamente razonable desde la perspectiva de la legalidad ordinaria), no cabe desconocer que ese despido se encontraba impugnado por la propia jurisdicción social (...) y que la decisión que se adoptase al respecto tenía incidencia decisiva para la cuestión debatida en el proceso de impugnación del Laudo arbitral, toda vez que el argumento de la recurrente consistía precisamente en que la decisión empresarial de despedirla no tenía más finalidad que la de impedir que pudiese resultar elegida en las elecciones sindicales que se iban a celebrar en la empresa”.

No obstante, más adelante volveremos sobre esta cuestión.

Por otro lado, existen diferentes Sentencias de los Juzgados de lo Social y antiguas Magistraturas de Trabajo que mantienen opiniones divergentes (así, consideran que el trabajador despedido con el despido recurrido ante la jurisdicción laboral -Sentencia de la Magistratura de Trabajo nº 2 de Las Palmas de 15 de diciembre de 1986; Sentencias del Juzgado de lo Social nº 9 de Barcelona de 10 de noviembre de 1990; del nº 2 de 4 de noviembre de 1990, del nº 26 de 15 de febrero de 1989, etc.- debe formar parte del censo electoral).

Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid de 15 de marzo de 1999 afirma lo contrario, y considera que un trabajador despedido no forma parte del censo electoral.

Esta es la tesis que se desprende, igualmente, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000, que considera que “al no existir probada una conducta discriminatoria empresarial, no cabe extender la protección del artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores al supuesto de autos, en donde el actor en el momento del despido no solo no ostentaba representación legal de los trabajadores, sino que además, (...) el despido se produjo el 9 de noviembre de 1998, la constitución de las mesas se

realizó el 18 de diciembre de 1998 y la presentación de candidaturas se efectuó el 11 de enero de 1999”.

QUINTO. Numerosos Laudos arbitrales se han ocupado igualmente de esta cuestión, e, igualmente, en sentido diverso.

Asé, por ejemplo, el Laudo puesto en Madrid el 24 de abril de 1998 por D. Fausto Barambones Robledo entiende que el despido es un acto de parte que no resuelve por si mismo la relación laboral, decisión que compete a los Tribunales de Justicia, por lo que hasta que no se produzca resolución firme, el trabajador despedido formará parte del censo (en el mismo sentido, Laudos dados en Madrid el 19 de octubre de 1998 por D. Juan Agut Pérez, y el 5 de enero de 1995 por D. Adrián González Martín).

La postura contraria a su inclusión viene mantenida en el Laudo de 1 de noviembre de 1994 puesto en Granada por D. José Vida Soria y, sobre todo, en el Laudo dado en Logroño el 17 de febrero de 2002 por D. José Espuelas Peñalva.

SEXTO. De todo lo visto hasta ahora, podemos avanzar varias conclusiones:

El despido produce de manera automática la extinción del contrato de trabajo, ya que si el mismo es impugnado, el Juzgado se limita a convalidar, o no, dicha extinción, de tal manera que sólo si lo hace, resurge la relación laboral en su plenitud (artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores).

— Desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, es ajustado a derecho no incluir en el censo electoral al trabajador despedido con anterioridad a la elaboración del mismo.

— Solo si el despido se produjo precisamente para evitar que el trabajador formara parte de dicho proceso electoral, encubriendo, por tanto, una conducta lesiva a los derechos fundamentales del mismo, habríamos de considerar que dicho trabajador puede formar parte del proceso electoral.

Ahora bien, y con todos los respetos a lo dicho por la antes citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2001 en su Fundamento jurídico séptimo, no vemos qué medidas puede adoptar ni un Laudo arbitral, ni la posterior sentencia del Juzgado de lo Social que pudiera dictarse al respecto.

Así, la citada Sentencia dice que el Juzgado de lo Social debe adoptar medidas que salvaguardasen la eventualidad de que tal despido fue efectivamente declarado nulo por vulnerar el art. 28.1 de la Constitución. No nos dice, sin embargo, cuáles debieron ser tales medidas (la decisión hasta que se dictara Sentencia firme? ¿admitir prueba en lo que concierne a la existencia de la alegada vulneración de derechos fundamentales?...), y parece olvidar los escasos márgenes en los que la decisión de un Laudo arbitral puede moverse (es evidente, por ejemplo, que citado Laudo no puede, en absoluto, prejuzgar una cuestión relativa a lo que es objeto de un proceso judicial distinto, cual es la existencia, o no, de despido discriminatorio. Vide en este sentido lo que al respecto dice Calvo Gallego en ‘El arbitraje en las elecciones sindicales’ -Ed. Tirant lo Blanch, págs. 82 y siguientes-. Lo contrario podría llegar a constituir un exceso arbitral, anulable judicialmente por vulneración del artículo 128.b) de la Ley de Procedimiento Laboral).

En consecuencia, únicamente nos podemos guiar por los hechos objetivos, y no discutidos, como son la fecha de despido y la fecha de presentación de candidaturas.

Ello nos lleva a la conclusión de que, sin perjuicio de lo que la Jurisdicción Social pueda decir al respecto del despido, la trabajadora en cuestión no formaba parte de la plantilla de la empresa, y no podía ser incluida en el censo electoral de la misma.

En el mismo sentido, se posiciona la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de septiembre de 2005 citada empresa Supermercados Sabeco S.A.

En consecuencia, la no inclusión en el censo laboral de la trabajadora Sra. RV fue ajustada a derecho.

**TERCERO.** La segunda cuestión es la relativa a la inclusión en el censo a los trabajadores con contrato temporal.

a) Debemos estudiar previamente cuándo se consideró que se inicia el proceso electoral (si con el escrito de preaviso o con la constitución de la Mesa electoral).

Esta cuestión ya ha sido igualmente resuelta con anterioridad por doctrina y Tribunales.

Y la posición adoptada es que el proceso electoral se inicia al momento de constituirse la Mesa Electoral, tratándose de una cuestión admitida pacíficamente. Tal es así que en el preaviso presentado en el presente caso por el Sindicato UGT se hacía constar como fecha de inicio del proceso electoral, el día 4 de enero de 2011 con la constitución de la Mesa Electoral.

A esa fecha, y de acuerdo con la documentación aportada, la empresa no tenía ningún trabajador con contrato temporal.

b) Pero es que, como efectivamente se indica por dicha empresa, aun cuando a simple nivel dialéctico admitiéramos que la fecha de inicio del proceso electoral era la del preaviso del mismo, la consecuencia no cambiará. Y ello porque a fecha 29 de octubre de 2010 solo existía un trabajador temporal (D. RSM, que habría dejado de prestar servicios laborales el 31 de diciembre de 2010).

Por aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 del art. 9 del Real Decreto 1844/1994 de 9 de septiembre el resultado sería que en lugar de 47 trabajadores, habrían de computarse 48, por lo que nunca se alcanzaría el número de 50 trabajadores que, para la constitución de Comité de Empresa, exige el art. 63 del Estatuto de los Trabajadores.

**CUARTO.** En consecuencia con todo lo indicado, consideramos que las decisiones adoptadas por la Mesa Electoral fueron ajustadas a derecho, de manera que, en función del número de trabajadores a computar, y por aplicación de lo dispuesto en el art. 62.1 del Estatuto de los Trabajadores, el número de Delegados de Personal a elegir será el de tres.

Por todo ello, vistos y examinados los hechos enumerados y los preceptos legales citados y demás de general aplicación, vengo a dictar la siguiente

#### **DECISIÓN ARBITRAL**

**DESESTIMAR** la reclamación planteada por el Sindicato UGT y en relación al proceso electoral desarrollado en la empresa XXX S.A., ratificando así la decisión tomada por la Mesa Electoral respecto a la composición del censo en la misma.

Del presente Laudo Arbitral se dará traslado a las partes interesadas, así como a la Oficina Pública para su registro.

Asimismo se advertirá a las partes que contra el mismo se podrá interponer recurso ante el Juzgado de lo Social de La Rioja, en el término de tres días desde su notificación, de

acuerdo con lo establecido en el art. 76.6 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, art. 42.4 del R.D. 1844/94, y arts. 127 y concordantes del T.R. de la Ley de Procedimiento Laboral (R.D.Legislativo 2/95, de 7 de abril).

Logroño, a veinticuatro de enero de dos mil once.