

# **LA HUELGA EN EL ÁMBITO LABORAL**

**José Manuel Barranco Gámez.**

## **José Manuel Barranco Gámez.**

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**H**ANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS. SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM ESSE SCIAN, PRAECEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL, VICTORIA UTI NESCI. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

## **INDICE**

### **LA HUELGA EN EL ÁMBITO LABORAL**

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. CONCEPTO DE HUELGA**
- III. CLASES DE HUELGA**
- IV. LA HUELGA ROTATORIA**
- V. LA HUELGA VIRTUAL**
- VI. LA HUELGA POLITICA**
- VII. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES**
- VIII. LA HUELGA TRANSNACIONAL**
- IX. EL DERECHO DE HUELGA**
- X. LA HUELGA COMO LIBERTAD LABORAL**
- XI. CARACTERÍSTICAS DE LA HUELGA**

- XII. CONTENIDO DEL DERECHO DE HUELGA**
- XIII. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA**
- XIV. EL COMITE DE HUELGA**
- XV. EL PREAVISO**
  - 1. INTRODUCCIÓN**
  - 2. DECLARACIÓN Y NOTIFICACIÓN DE LA HUELGA**
- XVI. LOS PIQUETES Y EL ESQUIROLAJE**
- XVII. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DEL ESQUIROLAJE**
- XVIII. LOS SERVICIOS ESENCIALES DURANTE LA HUELGA**
- XIX. LIMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA**
- XX. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR HUELGA**
- XXI. EFECTOS, COTIZACIÓN Y ALTA ESPECIAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL COMO CONSECUENCIA DE LA HUELGA**

- XXII. FINALIZACIÓN DE LA HUELGA**
- XXIII. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**
- XXIV. REGULACIÓN DEL PROCESO DE TUTELA DEL DERECHO DE HUELGA**
- XXV. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS OCASIONADOS DURANTE LA HUELGA**
- XXVI. INFRACCIONES Y SANCIONES LABORALES EN RELACIÓN A LA HUELGA**
- XXVII. SUSPENSIÓN DE EMPLEO Y SUELDO COMO SANCIÓN EN RELACIÓN A LA HUELGA**
- XXVIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**
- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JULIO DE 2017**
  - 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2017**
  - 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2017**

- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2017**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2016**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2016**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE FEBRERO DE 2015**
- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE DICIEMBRE DE 2014**
- 9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2014**
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE 2014**
- 11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE FEBRERO DE 2014**
- 12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JUNIO DE 2013**
- 13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE 2013**
- 14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE MARZO DE 2013**
- 15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE FEBRERO DE 2013**
- 16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ENERO DE 2013**
- 17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2012**

**18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JULIO DE  
2012**

**XXIX. BIBLIOGRAFÍA**

## **RESUMEN**

Se entiende por huelga el cese temporal, colectivo y concertado de la prestación de trabajo, por parte de los trabajadores, como medida de presión en defensa de sus intereses. Para que tenga la consideración de legal debe llevarse a cabo el procedimiento marcado por la legislación social. La huelga podría definirse como un derecho básico de los trabajadores que causa la suspensión colectiva de la prestación del trabajo -y, por consiguiente, de las obligaciones recíprocas de trabajar y de abonar la remuneración, así como de la obligación de cotizar-, con carácter temporal, decidida por trabajadores organizados, con motivo de un conflicto empresario - trabajador y con el fin de presionar para la defensa y promoción de un objetivo laboral o socioeconómico.

La huelga es un derecho fundamental (artículo 28 de la Constitución) y, como tal, goza de la protección máxima que otorgan las normas sustantivas y procesales que pretender garantizar la eficacia de su contenido esencial.

Junto al concepto de huelga tradicional, establecido como cese temporal del trabajo como medida de presión para obtener mejoras laborales, existen modalidades de huelga en función de quien ejerce el derecho, las causas que la motivan, o el comportamiento de los huelguistas.

Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el comité de huelga y el empresario tienen el deber de negociar para llegar a un acuerdo. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo.

La huelga causa distintos efectos sobre los trabajadores huelguistas y no huelguistas, el empresario, o la Seguridad Social según su legalidad o ilegalidad. El trabajador en huelga se encuentra en situación de alta especial en la Seguridad Social, dándose una suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador, sin que exista, durante ese periodo, derecho a prestación por desempleo ni a prestación económica por incapacidad laboral transitoria.

La huelga puede terminar de tres modos:



- 1.- Desistimiento de los trabajadores.
- 2.- Por acuerdo o pacto entre las partes en conflicto.
- 3.- A través de la actuación del Gobierno.

### **PALABRAS CLAVES**

Prestación de trabajo, cese colectivo, interrupción proceso productivo, declaración, conflicto, comunicación, preaviso, comité de huelga, servicios mínimos, suspensión contrato trabajo.

## **LA HUELGA EN EL ÁMBITO LABORAL**

### **I. INTRODUCCIÓN**

Se entiende por huelga el cese temporal, colectivo y concertado de la prestación de trabajo, por parte de los trabajadores, como medida de presión en defensa de sus intereses. Para que tenga la consideración de legal debe llevarse a cabo el procedimiento marcado por la legislación social.

La huelga puede terminar de tres modos:

1.- Desistimiento de los trabajadores (apdo. 2, Art. 17 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo):

- Haber logrado las reivindicaciones motivo de la huelga.
- No tener más capacidad de resistencia.
- Someterse al proceso de conflicto colectivo

En el apdo. 2, Art. 8 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, se establece que los trabajadores podrán dar por terminada la huelga en cualquier momento.

2.- Por acuerdo o pacto entre las partes en conflicto (apdo. 2, Art. 8 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo):

Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el comité de huelga y el empresario o los representantes designados por ambos, deberán negociar para llegar a un acuerdo. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo. Igualmente, la Inspección de Trabajo podrá ejercer su función

de mediación desde que se comuniquen la huelga hasta la solución del conflicto, pudiendo a su través llegarse igualmente a un acuerdo de idéntica naturaleza jurídica que el derivado de las negociaciones directas entre las partes del conflicto.

La STS de 07/02/2011 (R. 102/2010) señala que: 1.- Los acuerdos de desconvocatoria o de fin de huelga, cuya naturaleza ostenta el ahora objeto de la interpretación cuestionada, del que no se discute la ratificación posterior del preacuerdo alcanzado por las partes representadas ni consta que hubiere sido impugnado --, tienen el valor de convenio colectivo, como establecen los arts. 8.2 (El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo) y Art. 24.1 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo (Dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo) y corrobora la jurisprudencia constitucional y social (entre otras, STC Pleno 11/1981 de 8-abril).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que los acuerdos que ponen fin a la huelga se encuentren sometidos a los mínimos legales de derecho necesario y tendrán los efectos de los convenios colectivos estatutarios o de los extraestatutarios en función de que quepa o no identificar a los negociadores (comité de huelga o representantes designados por los mismos) con los legitimados según el ET para negociar un convenio colectivo (STS 25/03/1998 (R. 3062/1997)).

3.- A través de la actuación del Gobierno, a propuesta Ministerio de Trabajo Asuntos Sociales (apdo. 1, Art. 10 ,Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo):

- Teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones alejadas de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, el gobierno podrá actuar acordando la reanudación de la actividad laboral en el plazo que determine, por un período máximo de dos meses o, de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio.

- Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida y señalada necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios.

#### Comunicación de finalización de la huelga

Cuando finalice una situación de huelga, como ha manifestado la jurisprudencia (STS 11/10/1990 (R 953/1989), “ha de exteriorizarse, de uno u otro modo, esa conclusión”. Normalmente ello se efectuará, sin necesidad por supuesto de notificación alguna, por la mera comparecencia de los trabajadores en el centro de trabajo para incorporarse a sus puestos. No obstante, si el acceso al local no fuese posible por encontrarse cerrado, sea por el bloqueo de cerraduras, sea por decisión del empresario para evitar las consecuencias dañosas que un lugar abierto y deshabitado pudiese experimentar, no parece quedar otro camino que la comunicación a la dirección de la empresa, para que ésta conozca la decisión de dar por finalizada la huelga y proceda a la apertura del centro laboral, sin que se exija para ello ningún requisito formal sino “la razonable exigencia de que se transparenten las verdaderas actitudes. Porque sólo ello permitirá saber si el cierre de los locales responde a la continuidad de la huelga o a un auténtico cierre empresarial”.

## **II. CONCEPTO DE HUELGA**

La huelga es la manifestación extrema del conflicto colectivo de trabajo que implica la cesación en la actividad laboral como medida de protesta en orden a la defensa y promoción de los intereses propios de los trabajadores. Esta cesación temporal del trabajo, concertada colectivamente, puede perseguir objetivos concretos

que difieren de un caso a otro y puede organizarse y materializarse de formas muy diversas. En un sentido más amplio e impropio, la huelga puede suponer no una cesación en el trabajo sino una perturbación más o menos intensa y soportable tendente a obstaculizar el proceso de producción con el fin lícito y común de conseguir mejoras económicas y, en general, de las condiciones de trabajo (tiempo de trabajo, descansos, seguridad laboral, etc.).

La huelga es un derecho fundamental (artículo 28 de la Constitución) y, como tal, goza de la protección máxima que otorgan las normas sustantivas y procesales que pretender garantizar la eficacia de su contenido esencial. Además de la Constitución, el Real Decreto-Ley 17/1977 establece su régimen jurídico básico, en el sentido y con el alcance interpretativo dado por la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.

### **III. CLASES DE HUELGA**

La extraordinaria variedad de los tipos de huelga dificulta enormemente la tarea de ordenación o sistematización. En todo caso, atendiendo a sus fines y a su forma de ejercicio, pueden señalarse las siguientes:

- En función de su sujeción o no a la legalidad vigente, la huelga puede ser lícita o ilícita.

- Por razón de los sujetos que la ejercitan, la huelga puede ser de trabajadores asalariados, de funcionarios públicos y, cuando se consolide el régimen del trabajo autónomo (Ley 20/2007), de trabajadores autónomos dependientes (la huelga se denomina cesación temporal de la actividad).

- Por razón de los sujetos colectivos que las convocan, puede ser sindical o no sindical o espontánea.

- Atendiendo a los fines, la huelga puede ser política-no profesional o laboral-profesional.

- Por razón del procedimiento, cabe hablar de huelga estratégica o neurálgica, sólo ejercida por trabajadores que ocupan puestos claves en el proceso productivo (pilotos de líneas aéreas, por ejemplo), de huelga articulada, cuya finalidad es causar el máximo daño a la empresa con un mínimo sacrificio para los trabajadores. Las huelgas sorpresa se desarrollan sin haber cumplido con el deber de preaviso mínimo. La huelga puede ser con o sin ocupación de locales.

- Según se ejerza por todos o sólo una parte de los trabajadores, la huelga puede ser total o parcial.

- Por su duración, la huelga es temporal o indefinida.

La huelga intermitentes es una modalidad huelguística que no está expresamente prevista en las relaciones de huelgas ilegales o de huelgas abusivas que contienen los arts. 7.2 y 11 RDL 17/1977, de 4 de marzo. No obstante, esta alternancia o sucesión de horas o jornadas de trabajo con horas o jornadas de huelga, dentro del mismo conflicto colectivo, no constituye, en principio, un supuesto de huelga abusiva, pero que puede calificarse como tal cuando el desarrollo de los paros intermitentes produce un daño desproporcionado a la otra parte de la relación del conflicto, y en este sentido se pronuncian las SSTC 72/1982 y 41/1984. El TC ha aceptado con reiteración la calificación de abusiva para las huelgas intermitentes que originan un daño grave a

la empresa, buscado por parte de los que se encargan del desarrollo de la huelga más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica. El acto de desistimiento de una huelga depende de la voluntad del comité de huelga o de quien la haya promovido, pero las huelgas intermitentes se han considerado como una huelga fraccionada en el tiempo, cuya ejecución se divide en varios momentos, distribuidos dentro del día o en ciclos superiores, de ahí que el desistimiento de la huelga intermitente ha de afectar a la huelga en su integridad, y no a los paros sucesivos en que su ejecución se fracciona. La atribución del derecho de huelga a los trabajadores supone el reconocimiento de un instrumento de presión en la negociación de aquéllos con los empresarios, pero no elimina ni hace desaparecer el deber de buena fe entre las partes de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, uno de cuyos ingredientes es precisamente la evitación de los daños o pérdidas de utilidad que excedan de los inherentes a la cesación de la actividad de trabajo en que la huelga consiste. El TS estimó el recurso de la empresa y declaró ilícita y abusiva la práctica de los trabajadores en este supuesto.

STS de 11-10-2011. El sindicato convocó una huelga de maquinistas de líneas AVE y jefes de tren, durante el mes de junio de 2010, de forma intermitente, dos horas por las mañanas de los cuatro primeros días de la semana y otras dos horas por la tarde, en horarios que alternaban de un día a otro, mientras que de viernes a domingo el paro era de siete a once horas y de dieciséis a veinte horas, todos los días. Resultó que para el 8 de junio de 2010 se convocó una huelga general en el sector público, en protesta por la publicación del RD-L 8/2010, convocatoria que no se extendió al personal de RENFE. A pesar de ello, el sindicato convocó huelga durante el día ocho de junio para todo el personal de RENFE y, puesto que el Ministerio de Fomento había fijado ya los servicios mínimos para la huelga convocada para todo el mes de junio en los servicios de alta velocidad y larga distancia, RENFE no pidió la fijación de los servicios mínimos de esas líneas para el ocho de junio. A las 13 horas de dicho día, el sindicato comunicó a RENFE que desconvocaba la huelga señalada para ese mismo

día de 19 a 21 horas, lo que supuso que muchos trabajadores incumplieran los servicios mínimos y que por ellos se suprimiera la circulación de muchos trenes y otros sufrieran importantes retrasos. Ante esa situación, la empresa presentó demanda para que se declarara la ilegalidad de la desconvocatoria parcial del día ocho de junio y se condenase al sindicato a indemnizar a la demandante por los daños causados y la abusiva desconvocatoria de la huelga. El TS anuló las actuaciones por acumulación indebida de acciones (la de ilegalidad de la desconvocatoria de la huelga y la exigencia de responsabilidad civil al sindicato) pero confirmó el fallo de la AN que había estimado la demanda en lo demás. Esta sentencia, recordando la doctrina que el TC había proclamado en la sentencia de 29 de mayo de 2003, declaró: 1.º El derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones un su ejercicio; 2.º Han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, así como las necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que repercute, y 3.º También tienen importancia la clase y el número de trabajos que hayan de designarse para cubrir esa exigencia y el tipo de garantías que hayan de disponerse con ese fin, factores que no pueden ser determinados de manera apriorística. El procedimiento empleado en este caso acentuó tanto la gravedad del daño como la entidad de la culpa; el abuso se puede cometer cuando a la perturbación de la producción se la dota de un efecto multiplicador, y lo mismo sucede cuando una huelga de escasa duración supera sus efectos mucho después en el tiempo.

Otra clasificación:

Según los sujetos que ejercitan el derecho de huelga:

1. Huelga de trabajadores por cuenta ajena.
2. Huelga de trabajadores asalariados.



3. Los funcionarios: (apdo. 1, Art. 1 ET) no podrían ejercer el derecho a huelga, dado que no son trabajadores por cuenta ajena. No obstante, la jurisprudencia y las normas de derecho internacional los ha legitimado para su ejercicio.
4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado quedan excluidos del ejercicio del derecho de huelga.

Según las causas que motivan la huelga, se podría diferenciar entre:

- 1.- Huelga laboral. Deriva de las causas de la propia relación laboral.
- 2.- Huelga extralaboral. Deriva de causas que nada tienen que ver con intereses profesionales. Son ilegales salvo que los trabajadores demuestren, ante los tribunales, que afecta a intereses profesionales.
- 3.- Huelgas de solidaridad (letra b, art. 11, Real Decreto Legislativo. Los trabajadores actúan en apoyo de otros trabajadores, que se encuentran en conflicto, defendiendo un interés ajeno a su relación contractual. Son ilegales, salvo que los trabajadores demuestren, ante los tribunales, que afectan indirectamente a sus intereses profesionales.

Según el comportamiento que se lleve a cabo en la huelga, se distingue:

- 1.- Huelga rotatoria. Es la que se realiza, con la finalidad de afectar a la coordinación de la producción, de modo sucesivo en las diferentes unidades productivas de una empresa, alternándose sucesivamente en el paro del trabajo.
- 2.- Huelga estratégica, tapón. Es aquella que afecta tan sólo de modo directo a la actividad productiva básica de la empresa, pero que paraliza totalmente el proceso productivo.

3.- Huelga de celo o reglamento. Consisten en una ejecución minuciosa y siguiendo estrictamente el reglamento del trabajo, por lo que se provoca un retraso en el mismo.

4.- Huelga intermitente. Son aquellas que alternan momentos de paro laboral con momentos de normalidad en el trabajo. Su realización podría ser de la siguiente manera: Alternancia de horas de trabajo y huelga a lo largo del día. Alternancia de días de trabajo y huelga a lo largo de la semana. Alternancia de trabajo y cesación en la actividad durante periodos más amplios.

Según su clasificación, se diferencian:

Huelga ilegal (arts. 7.1,10,11, Real Decreto Legislativo). Es aquella en la que se produce un daño grave e intencionado de tal naturaleza que sobrepasa la mera presión en que consiste la huelga.

Son huelgas ilegales:

Las huelgas políticas cuando se inicie o sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados (art. 11, Real Decreto Legislativo).

Las huelgas de solidaridad o apoyo, La huelga de solidaridad o apoyo, salvo que afecte al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan.

Las huelgas novatorias (art. 10, Real Decreto Legislativo). Cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo. No serán ilegales cuando: Tengan por objeto un aspecto de la relación de trabajo que venga regulado por otras fuentes y no implique una alteración del Convenio. Se de incumplimiento del Convenio por parte del

empresario. Tenga por objeto la reclamación de una interpretación del Convenio. Exija reivindicaciones que no impliquen modificaciones del Convenio.

Las huelgas con ocupación de lugares de trabajo, suponen un ilegal ingreso en los locales o una ilegal negativa de desalojo frente a una legítima orden de abandono. Siempre y cuando impliquen un notorio peligro de violación de los bienes y personas dentro de la empresa.

Cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo, o lo expresamente pactado en Convenio Colectivo para la solución de conflictos art. 10, Real Decreto Legislativo.

Huelgas abusivas art. 7.2, Real Decreto Legislativo. Provocan la absoluta descoordinación de la producción empresarial. Las huelgastapón o estratégicas (las huelgas efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la Finalidad de interrumpir el proceso productivo). Las huelgas de celo o reglamento.

Las huelgas atípicas en general, que comporten cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga.

#### **IV. LA HUELGA ROTATORIA**

Las huelgas rotatorias, también denominadas rotativas o turnantes, son aquellas realizadas de modo sucesivo en las distintas unidades productivas de la empresa o centro de trabajo, o en determinados sectores de la actividad económica en un ámbito

geográfico determinado, y cuya finalidad es afectar a la coordinación del proceso productivo, pero sin que ello suponga un paro total para toda la plantilla de la empresa.

En este tipo de medida conflictiva, determinados grupos de trabajadores, bien sea por categorías, secciones u otra modalidad de selección de una pluralidad de empleados de una misma empresa o de sectores específicos oportunamente localizados, espacialmente, se conciertan para turnarse sucesivamente y en cadena (normalmente cada uno se encuentra inactivo en días consecutivos) en la paralización de la prestación de servicios, pretendiendo conseguir así desconcierto y desarreglo en la cadena de organización de la empresa que ralentice su producción o, en determinados circunstancias, impedirle proporcionar bienes y servicios al mercado.

De esta manera, suele caracterizarse porque se repiten en el tiempo períodos de falta de actividad y de prestación de servicios, o una parte de la plantilla sufre el paro, mientras otra intenta continuar, si le resulta posible, la prestación de la actividad, pues la finalidad es que la adhesión de un grupo de empleados impida al resto el realizar su quehacer productivo, pues las categorías partícipes en la huelga no les suministrarían las materias necesarias para desempeñar su trabajo.

En consecuencia, un pequeño grupo de trabajadores en paro podría conseguir los efectos propios de una huelga total, pero la plantilla de la empresa soportaría los sacrificios de una manera menos gravosa, pues al paralizar la actividad de manera alterna comparten jornadas sin retribución con otras en las cuales sí perciben salario al no sumarse su categoría o sección al paro concertado, provocando, sin embargo, efectos económicos importantes en el empleador con el fin de presionarle para que acepte sus reivindicaciones.

Esta clase de huelga puede tener una repercusión significativa cuando se trata de procesos organizados en cadena, en los cuales el trabajo de una categoría de

trabajadores se encuentra condicionado a lo realizado por otros compañeros que le suministran los materiales para desempeñar su labor y sin los cuales ésta no puede llevarse a cabo.

También cuando determinados sectores laborales (como controladores aéreos, pilotos de aerolíneas, trabajadores de circulación ferroviaria, etcétera) pueden alterar significativamente toda la actividad empresarial e incluso paralizar la red de transportes de un país.

De igual manera, en aquellos supuestos en los cuales la prestación de servicios exige la actuación conjunta, simultánea y coordinada de varias categorías profesionales sin cuya intervención concurrente resultaría sumamente compleja la producción del bien o el servicio; o, en un último ejemplo, cuando se trata de actividades de guardia o mantenimiento permanente, en los cuales la ausencia de un pequeño grupo de trabajadores causa importantes efectos de desorganización en el proceso productivo.

Partiendo de los parámetros expuestos, y dentro del contenido esencial del derecho de huelga, sus convocantes pueden elegir la forma en que ésta va a ser desarrollada, habiendo sido advertido que "en cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica" (OIT: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 4ª ed. (revisada). Ginebra: OIT, 1996, párrafos 496 y 497).

Por tanto, y en una conclusión similar a la alcanzada al tratar la huelga de celo, las posibles restricciones que pudieran ser impuestas en los Estados firmantes de los Convenios de la OIT a las huelgas rotatorias habrían de quedar ceñidas a aquéllas en las

cuales se produjeran alteraciones del orden público o amenazas y coacciones para los trabajadores o la empresa, pues si la medida conflictiva es desarrollada de modo pacífico debería ser considerada como plenamente válida en el ejercicio de la prerrogativa analizada.

De esta manera, a juicio del Comité de Libertad Sindical de la OIT, aquella disposición nacional "contraria a las denominadas huelgas rotatorias se presenta como una injerencia en la facultad del sindicato de elegir las tácticas que utilizará para llevar adelante la huelga. Una vez más, la queja saca a la luz un temor justificado que en realidad no constituye un obstáculo para la acción, a menos que se haga de él un uso incorrecto" (241º Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT, Caso número 1260).

Sin embargo, en atención a los peculiares rasgos descritos en su ejercicio, no puede extrañar que en algunos Estados, como España de conformidad con el artículo 7.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, esta modalidad haya sido calificada como abusiva, al poder identificar una actuación subrepticia, en este caso por resultar contradictorio solapar los períodos de actividad e inactividad.

Ese carácter presumiblemente abusivo deriva de su efecto multiplicador en la desorganización de los elementos y de la capacidad productiva de la empresa, habida cuenta, se vuelve a reiterar, de que la paralización en el trabajo se concreta en cada fase de la huelga en un determinado número de trabajadores, al realizarse de modo sucesivo y en cadena por distintos grupos o secciones de la unidad productiva, con el objetivo último de afectar a toda la actividad.

En cualquier caso, y como ocurría con la huelga de celo, "la consecuencia derivada de su expresa inclusión en tal concepto consiste en desviar la carga de la prueba a los trabajadores que las utilicen, que deberán probar la ausencia de los

requisitos precisos para la existencia del abuso" (Sentencia del Tribunal Constitucional español 72/1982, de 2 de diciembre), incorporando una presunción iuris tantum que puede ser desmontada cuando se consiga acreditar que en la actuación obrera no concurren los elementos inherentes a una conducta contraria a Derecho.

## **V. LA HUELGA VIRTUAL**

La huelga virtual constituye otra más de las modalidades de huelga atípicas, en tanto en cuanto no tiene que conllevar consigo la paralización del proceso productivo, ni siquiera la disminución del mismo, sino que los trabajadores continúan prestando sus servicios de manera habitual como si no hubiera sido convocada ninguna medida de conflicto. Así, es posible apreciar el cambio de rol que esta medida de conflicto ha ido asumiendo con el paso de los años, y como la misma se encuentra en constante cambio, siendo superadas en muchas ocasiones las nociones clásicas vigentes en el mundo jurídico.

En este sentido, y bajo dicha expresión es posible hacer referencia en el momento actual hasta a dos posibles realidades: de una parte, una acepción de mayor trayectoria pues ha sido objeto de amplio debate y utilizada en ocasiones en la práctica en algunos países, siendo el caso más paradigmático el de Italia; de otra, un significado más moderno relacionado con la utilización de las posibilidades que ofrece el ciberespacio como mecanismo de comunicación entre los ciudadanos y plataforma a través de la cual poder trasladar de manera fácil y accesible a los usuarios los problemas laborales existentes en una empresa.

En la primera de las modalidades reseñadas, esta clase de conflicto sí pretende provocar los efectos económicos ligados a la misma, en tanto en cuanto trabajadores y empresarios se comprometen a renunciar a ciertas prestaciones económicas derivadas de la producción de bienes y servicios, las cuales pasarán a un fondo común cuyo destino será ora la entrega a organizaciones no gubernamentales de carácter benéfico o humanitario u otro tipo de entidades ligadas a dicho sector para la realización de obras de carácter social y/o utilidad pública ora para sufragar la campaña de publicidad e información sobre los motivos de la huelga.

Por su naturaleza y forma de ser desarrollada, requiere del acuerdo entre trabajadores y empresarios, a no ser que sea impuesta por el legislador en determinadas circunstancias excepcionales, en un compromiso que en un momento de conflicto resultará sumamente difícil de alcanzar, siendo en dicho pacto donde habrán de ser determinadas las cantidades a aportar por cada una de las partes y delimitado cuál va a ser el destino de los fondos correspondientes. Además, en ningún caso debería provocar la renuncia a una huelga con efectos tradicionales y que conlleve la paralización de la prestación de servicios.

De esta manera, los trabajadores renuncian a percibir las retribuciones correspondientes a las horas en las que no deberían haber estado prestando servicios de haber sido convocada una huelga con paralización de la actividad, con lo cual sufren las consecuencias propias de esta institución cuál es la ausencia de salario provocada por la suspensión del contrato laboral. Ahora bien, uno de los puntos débiles de esta figura se presenta en el momento de determinar qué trabajadores secundan la huelga y cuáles no, pues al prestar servicios normalmente resultará necesaria una declaración de voluntad por los mismos de sumarse al conflicto o solicitar el descuento por las horas en teoría no trabajadas, sin que la empresa pueda adoptar la medida de deducir el salario correspondiente a todos los trabajadores de la unidad productiva.



Por su parte, el empresario también sufre el correspondiente perjuicio económico que puede consistir en aportar cantidades a cuantificar en un porcentaje sobre los costes salariales soportados por los trabajadores o en la cuantía de las ventas y operaciones realizadas por la unidad productiva mientras dure la contienda o bien en los beneficios que haya obtenido como consecuencia de los negocios realizados durante dicho lapso temporal.

En cualquiera de los casos, el destino de dichas cantidades, conforme se ha anticipado ya, pasa a integrar un fondo común gestionado de manera paritaria por representantes de los trabajadores y del empresario, y cuya finalidad última consistiría en sufragar actividades vinculadas a obras sociales, con el objetivo de ayudar a aquellas personas más necesitadas, o bien sufragar los gastos derivados de trasladar a los usuarios y ciudadanos los motivos y causas de la medida adoptada.

Se trata de una forma de huelga que se aparta del modelo clásico, pero que puede atender como conviene el ejercicio de este derecho en el caso de estar afectadas actividades esenciales para la comunidad, en tanto en cuanto los terceros no se verán afectados por el conflicto al poder acceder a los bienes y servicios producidos por la empresa como en cualquier situación normal. Asimismo, al no sufrir perjuicio alguno y no ver trasladados hacia ellos las molestias inherentes a toda huelga, estarán en mejor disposición de entender los motivos y justificaciones de la misma y mostrar su adhesión y simpatía hacia el conflicto planteado. Igualmente, al no ser paralizado el proceso productivo su finalización no genera consecuencias para el mismo.

Eso sí, y conforme se ha señalado, el éxito de la misma depende de la presión a la que se someta al empresario, medida en forma de inconvenientes causados en el normal desarrollo del proceso productivo y trasladados a los clientes y usuarios; al respecto, conviene recordar que la finalidad de la huelga es servir de herramienta de influencia a los empresarios con la finalidad de causarles un daño, de manera que forma parte de su lógica interna alcanzar dicho menoscabo y que éste sea el mayor posible, y

al tiempo, lo menos perjudicial para los convocantes de la medida de conflicto colectivo.

En efecto, la convocatoria de cualquier huelga presenta como objetivo primordial presionar al empresario alterando el desarrollo habitual del proceso productivo y buscando causarle una serie de daños o pérdidas de utilidad que le fueren a negociar una salida pactada de la controversia planteada por los trabajadores. Pero esta medida de acción colectiva también puede modificar las pautas tendentes a ordenar el discurrir normal de la convivencia social, afectando a cuestiones tan diversas como la tranquilidad, la paz, la seguridad o el ejercicio cotidiano por los ciudadanos de sus derechos. Sobre este particular, la eficacia de la huelga en cuanto caja de resonancia de los trabajadores frente a su antagonista dependerá de las molestias causadas tanto a unos como a otros, debiendo los terceros no destinatarios de la convocatoria soportar ciertos sacrificios en aras a que el ejercicio del derecho analizado alcance cierta efectividad.

Por esa razón, en este tipo de conflictos la publicidad y propaganda de la medida conflictiva así convocada adquiere si cabe aún mayor importancia, no en vano, y aun cuando sí que va a causar perjuicios económicos para ambas partes medidos en las pérdidas cuantitativas antes expresadas, también es cierto que no tiene esa proyección exterior propia de la huelga más tradicional consistente en la paralización de la prestación de servicios.

A nivel legislativo, quizás el intento más acabado por regular esta clase de huelga sea el italiano, mediante la tramitación de dos Proyectos de Ley con la finalidad de ordenar las prácticas acaecidas durante años en el país transalpino. Así, el artículo 1.1 del Proyecto de Ley 1170 de 2008 viene a establecer que los convenios colectivos de cualquier nivel pueden atribuir a las organizaciones sindicales firmantes la facultad de proclamar una huelga virtual, asumiendo la necesidad de que la medida esté acordada por empresarios y representantes de los trabajadores y recogida en la correspondiente norma colectiva que, además, según el artículo 2.1 del Proyecto habrá de contener la

forma de convocatoria, anuncio y aplicación de la huelga virtual, así como el destino de las cantidades ingresadas en el denominado fondo de solidaridad creado en el artículo 3 con fines de mejora civil o solidaridad social, así como para sufragar las iniciativas de las partes para dar a conocer las razones de la controversia.

Por su parte, el artículo 1.2 ofrece una definición sobre la figura jurídica, considerando como tal aquella que, sin producir la suspensión de prestación laboral ni perjuicio al normal desarrollo del proceso productivo en la empresa, comporta: a) la cesión, por parte del trabajador adherido a la misma, de la retribución correspondiente a la duración de la huelga al fondo establecido en el artículo 3, si bien, y salvo disposición en contrario del convenio colectivo, no se tendrán en cuenta los salarios diferidos, como complementos mensuales adicionales o indemnizaciones por fin del trabajo; b) la obligación a cargo del empleador de efectuar el pago del importe cedido por el trabajador a favor del fondo de solidaridad, incrementado en un importe de igual cantidad, o diversa, que será determinado por el propio convenio originador de la medida o por los acuerdos empresariales reguladores de la materia.

La convocatoria de la huelga virtual tiene lugar, dando aviso a los trabajadores afectados y a la dirección de la empresa, o a las asociaciones empresariales correspondientes cuando el conflicto afecte a una pluralidad de empresas, con al menos diez días de antelación a la fecha en que va a producir sus efectos. Los trabajadores que quieran adherirse a la misma deberán comunicarlo a la dirección de la unidad productiva, como regla general con seis días mínimos de antelación a la fecha en que ha sido declarada. Dicha notificación puede ser realizada de forma escrita o en formato electrónico, según la modalidad que determine el contrato colectivo regulador de la misma (art. 2.4).

En cualquier caso, la convocatoria de una huelga virtual no impide que cualquier otra organización pueda convocar simultáneamente una huelga en su forma tradicional que implique la suspensión de la actividad laboral (art. 2.5).

Por su parte, el Proyecto de Ley 1473 de 2009 daría un paso más pues, en defensa de los derechos de los usuarios a la movilidad y circulación sin entorpecimientos, establece en el sector transporte la posibilidad de que la huelga virtual, entendida como manifestación de protesta con garantía del desarrollo de la prestación laboral, pueda ser obligatoria para determinadas categorías profesionales, las cuales, tomando en consideración la peculiaridad de las prestaciones laborales y tareas específicas desarrolladas, puedan traer aparejado, en caso de abstención laboral, la concreta imposibilidad de suministrar el servicio principal y esencial.

Expuesto su régimen jurídico, se trata de una medida sumamente controvertida incluso en Italia y que ha tenido una fuerte contestación por parte de un amplio sector de la doctrina, por cuanto a su criterio no constituiría una modalidad de huelga pues ésta ha de consistir en la abstención del trabajo, y en algunos supuestos puede ser inconstitucional pues impediría a determinadas categorías de los trabajadores el ejercicio del derecho de huelga, ni aún asegurando los servicios mínimos.

En relación con la segunda de las realidades apuntadas, y como medida que puede anticipar la convocatoria de una medida de presión más clásica, las posibilidades que ofrece el ciberespacio pueden ser utilizadas como plataforma para exteriorizar un conflicto colectivo sin necesidad de tener que convocar una huelga en sentido estricto del término ni ser necesaria la paralización de la actividad productiva.

En este sentido, la realidad virtual ofrece múltiples canales (facebook, twitter, google, youtube, mensajes a móviles, etcétera) en los cuales interactuar de manera rápida con otros trabajadores, con el fin de poder poner en práctica una medida concertada que visualice, a los clientes en particular y a la sociedad en general, los problemas laborales presentes en la empresa.

Dicha comunicación puede provocar un daño en la imagen corporativa de la unidad productiva de manera que la información continuará trasladándose con el fin de presionar al empleador para que atienda las reivindicaciones obreras. De hecho, aquellas más fuertes, con un mayor tamaño y mayores posibilidades económicas no han dudado en sumarse a las plataformas de las redes sociales más importantes con el fin de acercarse a los millones de usuarios de las mismas y lanzar un mensaje de modernidad y publicitar de manera más rápida y eficaz sus productos; asimismo, se preocupan por procurar tener buenas críticas y lavar su mala imagen en dichas redes, no siendo de su agrado el que los conflictos internos puedan ser difundidos de manera instantánea y accesible a millones de hipotéticos clientes a través de estos cauces.

Experiencias sobre esta forma de canalizar las reivindicaciones ya han sido puestas en práctica pudiendo situar la primera de ellas el 27 de septiembre de 2007 en el marco de la negociación de un convenio colectivo en IBM Italia, cuando la empresa, ante la petición de incremento salarial propuesta por la parte obrera, contraatacó suprimiendo una paga de productividad, con un coste para cada empleado valorado en 1000 euros al año.

Ante esta situación, una task force internacional, coordinada por UNI Global Union (una comunidad virtual de activistas) y por la representación sindical unitaria IBM de Vimercate, utilizó la plataforma Second Life de IBM, el mundo virtual a tres dimensiones, para convocar una huelga de avatars en las instalaciones virtuales de la firma y a la que durante 12 horas se sumaron más de 9000 trabajadores y cerca de 2000 personas de 30 países, con el fin de contrarrestar la propuesta de rebaja salarial presentada por la empresa y protestar contra la misma.

La medida fue recogida por diversos medios de comunicación de todo el mundo tanto en televisión, radio, diarios, foros, revistas de negocios, publicaciones digitales, etcétera, y calificada como la primera "huelga virtual de la historia".

Asimismo, tuvo un efecto inmediato en las reivindicaciones laborales de los trabajadores, habida cuenta de que, además de la dimisión del anterior responsable de la empresa en Italia, un mes después de la protesta la representación de los trabajadores firmó un acuerdo con la dirección empresarial en el cual se reinstauró el complemento retributivo unilateralmente eliminado, se pactó una aportación de la empresa a un seguro de salud y una mejora de las políticas de comunicación interna y acceso a la información.

Complementando cuanto se ha expuesto, y en una forma moderna de boicot, las páginas webs de las empresas pueden ser atacadas en una interacción consensuada por un grupo de personas con el fin de ralentizar su funcionamiento o mediante el envío masivo de correos electrónicos que lleven a la saturación del servidor, dificultando así las relaciones comerciales de las empresas con sus proveedores y clientes.

Por todo ello, es necesario que los trabajadores y sus representantes estén atentos y exploren las posibilidades ofrecidas por estas nuevas formas de comunicación y puedan explotar sus potencialidades con el fin de canalizar y distribuir información sobre la medida de conflicto presentada, pues ello le servirá para ampliar de forma más sencilla los conocimientos de la huelga.

Eso sí, en su labor habrán de respetar los derechos de otros sujetos (a la intimidad, la libertad de empresa, deber de sigilo y secreto sobre ciertas cuestiones laborales...), así como no realizar un ejercicio abusivo de la medida, pues en ciertas circunstancias determinados ataques pueden ser constitutivos de contravenciones legales, incluso de infracciones tipificadas como delitos en algunos países.

## **VI. LA HUELGA POLITICA**

La definición de huelga política no tiene base en un texto normativo, y precisa de una anterior definición de huelga de la cual derivarse. La huelga, entonces, al clasificarse por medio de sus diversos fines, (los que a su vez remiten al concepto de autonomía sindical y al derecho de las organizaciones de establecer libremente su programa de acción), tendría una manifestación en la huelga política. Es en ese último término que radica la dificultad de la conceptualización. Su rasgo caracterizador es ser un instrumento de presión hacia la autoridad pública. Su pretensión se dirige a obtener alguna conducta por parte del poder público. En este sentido, las huelgas de carácter general entran en el concepto de huelga política.

Dentro de la huelga política, se distingue según el criterio que distingue si afectan directa e inmediatamente o no los intereses de los trabajadores que declaran la huelga, lo que permite separarla de la huelga de solidaridad, sin perjuicio de otras nociones asociadas como huelga de imposición político-económica y huelga de protesta.

Su comprensión exige remitirse a la historia de la huelga y, estrechamente, con el fenómeno de la criminalización de la protesta, ya que la definición de diversas categorías de huelga, es el resultado de su encuentro con el Derecho y la búsqueda de delimitar por éste, sus ámbitos de licitud.

Procediendo de este modo, se aprecia que huelga y protesta se encuentran enlazadas desde una de la más icónicas de la historia: la del 1º de mayo de 1886 en Chicago, cuya reivindicación de la jornada de 8 horas, recogía aquélla del Congreso de la Asociación Internacional de trabajadores --la Primera Internacional-- reunida en

Ginebra, en septiembre de 1866. La propuesta de la jornada de 8 horas de trabajo, como es sabido, no era una mera petición de máximos para la jornada de cada trabajador, sino que era la síntesis de un proyecto político, social y cultural de amplias dimensiones: "Consideramos la reducción de las 8 horas de trabajo una condición preliminar sin la cual todo otro tentativo de mejoramiento y de emancipación está destinado al fracaso. Se requiere dar de nuevo energía y salud a las clases trabajadoras, núcleo vital de la nación. Igualmente importante es asegurar su posibilidad de desarrollo intelectual, de relaciones sociales y de actividad política", se lee en su declaración de principios.

La huelga, en la descripción de prestigiosa doctrina, "es históricamente el instrumento de lucha de grupos subalternos que, con ella, miran a reequilibrar su déficit de fuerza social"<sup>2</sup>. En esta línea, la circunscripción de la huelga a intereses económicos y sociales de los trabajadores es sólo una tesis, cuya elaboración se hizo de cara a la historia del siglo XX.

La OIT, ha recogido estas distinciones con el mismo fin de cercar hasta dónde se encontraría cubierta la huelga por la Libertad Sindical. En las recopilaciones de principios del Comité de Expertos de la Libertad Sindical, toman como primera apoyatura la definición de organización de trabajadores, del artículo 10 del Convenio 87: aquella "que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores", esquematizando las reivindicaciones posibles de la huelga en tres categorías: las de naturaleza laboral (que buscan garantizar o mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores), las de naturaleza sindical (que persiguen garantizar y desarrollar los derechos de las organizaciones sindicales y de sus dirigentes) y las de naturaleza política, en la que, como señaláramos, inserta la huelga de solidaridad.

La huelga política es la figura crítica, pues es la única susceptible de quedar fuera de la cobertura de la Libertad Sindical. Sin entregar definiciones, el Comité de Libertad Sindical ha dicho: "las huelgas de carácter puramente político [...] no caen dentro del ámbito de los principios de la libertad sindical". Pero se advierte que no



elabora un sentido unívoco de lo que una huelga política pura sería. Junto con ello, y admitiendo la dificultad de separar en la realidad los aspectos políticos de los profesionales de una huelga, ha proveído de criterios que permitan amparar la huelga política dentro de la libertad sindical: "La Comisión estima que las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían, en principio, poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida".

Otro matiz sería su postura ante la relación movimiento sindical/partido político, en que tampoco excluye en términos absolutos dicha vinculación. Así, en el párrafo dedicado a "Actividades y relaciones políticas", en su publicación de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, del año 2006, plantea preliminarmente, en el párrafo 497: "Para poner a los sindicatos al abrigo de las vicisitudes políticas y para sustraerlos a la dependencia de los poderes públicos, sería deseable que las organizaciones profesionales limitasen su actividad --sin perjuicio de la libertad de opinión de sus miembros-- a las cuestiones profesionales y sindicales, y que el gobierno se abstuviese de intervenir en el funcionamiento de los sindicatos", continuando la idea, en el párrafo siguiente, al decir que: "En interés del desarrollo normal del movimiento sindical, sería deseable que las partes interesadas se inspiren en los principios enunciados en la resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 35ª reunión (1952), que prevé especialmente que la misión fundamental y permanente del movimiento sindical es el progreso económico y social de los trabajadores, y que, por consiguiente, cuando los sindicatos decidan, de conformidad con las leyes y costumbres en vigor en sus respectivos países, y por la voluntad de sus miembros, establecer relaciones con un partido político o llevar a cabo una acción política conforme a la Constitución para favorecer la realización de sus objetivos económicos y sociales, estas relaciones o esta acción política no deben ser de tal naturaleza que comprometan la continuidad del

movimiento sindical o de sus funciones sociales y económicas, cualesquiera que sean los cambios políticos que puedan sobrevenir en el país.

En seguida, y luego de intentar esta demarcación por la vía de las finalidades de la organización, establece como premisa que los gobiernos deben abstenerse de instrumentalizar a los sindicatos para sus propios fines políticos, (párrafo 499). Para, finalmente, reconocer la dificultad de trazar esta línea al decir: "Las disposiciones que prohíben de manera general las actividades políticas de los sindicatos para la promoción de sus objetivos específicos son contrarias a los principios de la libertad sindical", (párrafo 500). Señalando entonces que, ante el peligro de por esta vía coartar las posibilidades de acción de las organizaciones, sea la autoridad judicial quien dirima si hubo abuso, al haberse salido las organizaciones de su objetivo fundamental: el progreso económico y social de sus miembros, (párrafo 501).

Pese a que cada país representa un desarrollo constitucional particular, lo que elaboró la Corte Constitucional italiana en torno a la definición y límites de la huelga política, en la sentencia N. 165 de 1983 --sobre la legitimidad constitucional del artículo 504 del Código penal, delito de coacción pública por medio de cierre patronal o huelga-- sostuvo que la huelga de coacción a la autoridad pública es lícita, sea cual sea el motivo, siempre que no se encuentre dirigido a subvertir el orden constitucional o a obstaculizar el libre ejercicio de los poderes legítimos en los que se expresa la soberanía popular. Sin embargo, sus comentaristas, Ghezzi y Romagnoli, la hacen pasible de crítica por su indeterminación en relación a los conceptos de "impedimento u obstáculo al libre ejercicio", o cuáles serían los derechos y poderes a los que remite la norma, en los que se expresaría, en modo directo o mediato, la soberanía que pertenece al pueblo. Planteando dichos autores que, en rigor, el límite se encontraría en las normas penales en que se sancionan conductas peligrosas para el orden constitucional o para la libertad de determinación de las instituciones electivas.

Antes, la misma Corte Constitucional italiana, en su sentencia N. 290 de 1974, había reconocido que la lucha sindical por las reformas es positiva, ya que produce un efecto reequilibrador de un sistema "político plegado a innumerables condicionamientos que provienen de fuentes diversas y, prevalentemente ocultas", siempre que el sindicato entre "en el sistema institucional como uno entre otros tantos interlocutores que atestan los canales de decisión del aparato estatal"

## **VII. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES**

Dos son las maneras, a través de las cuales el Derecho del Trabajo clásico fue recogiendo las demandas y aspiraciones del movimiento obrero surgido como una respuesta defensiva a las deplorables condiciones que caracterizaron la denominada "cuestión social". Por un lado, la ley fue dotando a los trabajadores, en el plano individual de las relaciones laborales, de un conjunto de derechos mínimos e irrenunciables, reforzados mediante la acción fiscalizadora del Estado y del resguardo jurisdiccional, con el fin de suprimir las asimetrías de poder negociador entre trabajador y empleador y morigerar así los excesos que podría conllevar el ejercicio de las potestades empresariales. Por lo anterior, esta área del Derecho del Trabajo se caracteriza por su carácter interventor, por el establecimiento de un orden público laboral y por una tutela heterónoma de los derechos laborales guiada por el principio de protección de los trabajadores.

Por otro lado, la respuesta normativa a las problemáticas y conflictos que pueden suscitarse en la dimensión colectiva de las relaciones laborales ha tenido desde siempre una función distinta, pues ha tendido a dar reconocimiento y legitimidad a las instituciones creadas por los propios trabajadores al momento de enfrentarse al Estado y al empresariado reacio ha acoger sus demandas de mejoras laborales. En efecto, si bien

las primeras leyes sociales fueron transformando a los obreros en trabajadores, al dotarlos de derechos laborales, no se hicieron siempre cargo de la acción colectiva que estos asumieron y que los fue posicionando como un actor social y político relevante.

Así, entonces, será el paulatino proceso de reconocimiento del derecho de sindicación, del derecho a negociar colectivamente y del derecho a huelga, lo que posibilitará construir una dimensión colectiva de tutela de los derechos laborales acorde a los intereses colectivos de los trabajadores y que de cuenta de su realidad en un plano superior al de los mínimos legales. De esta forma, el ejercicio de la acción sindical frente a los empresarios dará lugar a acuerdos que resolverán los conflictos colectivos e irá cimentando un camino de diálogos, con mayores o menores tensiones, gracias al cual se producirá un importante grado de democratización de las relaciones laborales.

En lo que respecta a la huelga, el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT ha puesto sostenidamente de manifiesto que ésta es un derecho fundamental de los trabajadores mediante el cual pueden promover y defender sus intereses laborales, económicos y sociales. En todo caso, los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores. Asimismo, esta entidad ha establecido que si bien la huelga no está reconocida explícitamente en el Convenio N° 87 de 1948, ella es un corolario indisociable del derecho de sindicación que reconoce dicho instrumento internacional.

Sin perjuicio del amplio reconocimiento del derecho a huelga, se debe tener en cuenta que no es un derecho absoluto, por lo que puede someterse a limitaciones que impidan su ejercicio. Sobre el particular, el CLS ha señalado que las limitaciones que pueden afectar al derecho a huelga sólo pueden tener como su fundamento:

- a) una crisis nacional aguda.
- b) la función pública.
- c) los servicios esenciales.

Tratándose de los servicios esenciales y su incidencia en la posible limitación del derecho a huelga, la OIT le ha dado a esta expresión un sentido restrictivo y los ha conceptualizado como aquellos "servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en parte o a toda la población" (CLS, párrafo 214,1983). Con todo, el CLS ha precisado que lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. Por otra parte, este concepto no es absoluto, puesto que un servicio no esencial puede convertirse en esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto periodo o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población.

En consecuencia, tratándose de servicios esenciales como actividades que pueden limitar el ejercicio del derecho a huelga, el gran problema consiste en determinar cuáles son esas actividades indispensables y quien debe determinarlas. Por esta razón, el CLS a través de sus decisiones ha sido constante y coherente al sostener que, en general, pueden ser considerados servicios esenciales:

- el sector hospitalario.
- los servicios de electricidad.
- los servicios de abastecimiento de agua.
- los servicios telefónicos.
- la policía y las fuerzas armadas.
- los servicios de bomberos.
- los servicios penitenciarios públicos o privados.

- el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares.

- el control del tráfico aéreo.

Del listado anterior, se puede constatar que la noción de servicios esenciales no comprende necesariamente servicios públicos o realizados por órganos de la Administración del Estado, sino que puede incluir también actividades realizadas por empresas privadas. Por consiguiente, la limitación del derecho a huelga en estos casos no tiene que ver con los fundamentos que podrían justificar su restricción desde el punto de vista de la función pública.

Asimismo, cabe destacar que la justificación de esta medida de limitación del derecho a huelga busca poner de manifiesto la necesidad de armonización entre este derecho fundamental de los trabajadores y el derecho de la ciudadanía a contar con servicios que no pongan en riesgo bienes jurídicos esenciales, como lo son la vida o salud de una persona o de un conjunto de ellas. Por lo tanto, puede entenderse que lo que determina el ámbito de la esencialidad de ciertos servicios es que su paralización producto de una huelga puede provocar una afectación a la salud, vida o seguridad de toda o parte de la población, o bien, que se trata de actividades cuya suspensión, en razón del tiempo que abarque o del colectivo de personas afectadas, provoque trastornos graves, en cuyo caso podría tener lugar la imposición de servicios mínimos.

Otra consideración fundamental referida a la posible limitación del derecho a huelga en razón de los servicios esenciales tiene que ver con la oportunidad y la autoridad encargada de determinar la esencialidad de ciertos servicios. A este respecto, se pueden identificar dos modelos. Uno de ellos, con su fuente en la ley, se caracteriza por una determinación anticipada y general de los servicios esenciales. Vale decir, existe una norma jurídica que determina cuáles son los servicios esenciales en los cuales no puede tener cabida el derecho a huelga. La otra alternativa, más difusa y conflictiva

desde el punto de vista del ejercicio del derecho a huelga, supondría entregar la competencia a alguna autoridad judicial o administrativa la determinación en cada caso particular del carácter esencial de un servicio y, por tanto, de la ilegalidad de la huelga.

No obstante, cualquiera que sea el modelo adoptado por un determinado ordenamiento jurídico no se puede obviar que la calificación de los servicios esenciales requiere una ponderación especial, para conciliar el derecho a huelga con los demás derechos fundamentales de la ciudadanía. Por lo mismo, los tribunales de justicia deberían operar con especial prudencia si los hechos de base que se tuvieron en cuenta en la calificación de los servicios esenciales son impugnados ante ellos. Desde luego, no se trata de ahorrar toda incomodidad o molestia a los ciudadanos titulares de los derechos fundamentales afectados por la huelga, ni de alcanzar el nivel de rendimiento habitual del servicio. La conciliación precisa entre el derecho de huelga y los demás derechos fundamentales de los ciudadanos se traducirá en la necesaria ponderación de los valores constitucionales en contraste en cada caso y en limitaciones de uno y otros, normalmente.

Para concluir, es importante destacar que junto con la posible delimitación del derecho a huelga en base a los servicios esenciales, el CLS ha establecido la necesidad de reconocer garantías complementarias a favor de las organizaciones sindicales privadas del ejercicio del derecho a huelga.

En efecto, el CLS ha señalado que cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios. Asimismo, esta instancia internacional ha precisado el alcance de las "garantías apropiadas" sosteniendo que en caso de restricción del derecho de huelga en los servicios esenciales y en la función pública, la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y

rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente.

Así, entonces, para que la libertad sindical pueda cumplir su finalidad, no basta que los trabajadores puedan agruparse y formar sindicatos, sino que deben poder equiparar el poder del empleador, para lo cual la concertación colectiva es de vital importancia y la autotutela colectiva, especialmente la huelga, representa un elemento esencial que debe resguardarse debidamente frente a limitaciones que puedan afectar su contenido esencial. En caso contrario, las oportunidades reales de alcanzar el mejoramiento de las condiciones laborales y de defender los intereses laborales, económicos, profesionales o sociales de los sindicatos se diluyen y el Derecho del Trabajo Colectivo no es capaz de cumplir su función de pacificación de los conflictos colectivos, solidaridad y justicia social.

### **VIII. LA HUELGA TRANSNACIONAL**

La huelga transnacional es un arma poderosa y eficaz para la defensa de los intereses de los trabajadores en una economía globalizada. Pero los derechos sociales fundamentales se han utilizado tradicionalmente, y de modo distorsionante, para consolidar los mercados interiores, de carácter económico, siendo paradigmático el ejemplo de la Unión Europea. Cuando se producía cualquier tipo de tensión entre los derechos que se consideran esenciales para el mercado interior, las libertades de circulación en sentido amplio, y los derechos sociales fundamentales se tiende a someter estos últimos ante el primado de las libertades de circulación, respondiendo así a las exigencias económicas asumidas como predominantes. Por tanto, para un estudio de la huelga transnacional y las libertades económicas hay que partir de las dos racionalidades diferentes que imperan en estas cuestiones. Por un lado, los grandes Tratados de Comercio han tendido a una total liberalización de las fuerzas económicas



del capital, como una consecuencia del acusado proceso de globalización. Concretamente, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, que estableció el marco del mercado interior, adoptándose los principios de libertad de establecimiento, comercial y de libertad de ejercicio profesional, es decir, que cualquier profesional o empresa puede instalarse en cualquier lugar de Europa, del mercado interior, y la apertura del mercado interior favorece la competencia y de esa manera también una reducción de los costes y de los precios hacia los consumidores. Ese principio ha entrado en conflicto en muchas ocasiones con el marco de protección que la misma Unión Europea ha ido articulando como derecho tuitivo o protector de los trabajadores, otorgándoles una serie de derechos elementales, ya sea a la negociación colectiva, a la sindicación, a la huelga, etcétera. Esto no les ha permitido una verdadera circulación de personas ya que el respeto de los derechos fundamentales se ha erigido como un límite al respecto. Si bien en un principio podía articularse una relación armónica entre derechos sociales y libertades económicas del mercado interior, últimamente los primeros han comenzado a utilizarse como mecanismos de restricción de la vis expansiva de las libertades económicas.

En este contexto acontecen los hechos sobre los que ha tenido que pronunciarse de forma reciente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (las SSTJCE 11 de diciembre de 2007, asunto Viking; 18 de diciembre de 2007, Laval un Parthneri; y 3 de abril de 2008, asunto Rüffert, entre otras), no siendo quizás todo lo garantista que debería en materia de derechos sociales, latiendo detrás un claro enfoque economicista. Se trata de conflictos en los que estaban involucrados derechos sociales de carácter colectivo como la huelga o la negociación colectiva, donde el competente es el Derecho interno de los Estados Miembros, y libertades fundamentales de establecimiento y de libre prestación de servicios. El elemento común de estas sentencias radica en la práctica empresarial dirigida a aprovecharse de las diferencias en las condiciones laborales entre los distintos Estados Miembros, apoyando tal conducta en las libertades de circulación reconocidas por el Tratado de la Comunidad Europea, examinándose

todo ello a la luz del art. 49 TCE y de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, terminando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por sacrificar derechos sociales y "constitucionalizar" el dumping social.

La STJCE 11 diciembre 2007, asunto C-438/2005, Viking, afronta el conflicto que se produce entre el Sindicato de Marineros Finlandés (FSU) y la empresa Viking Line, también finlandesa, propietaria del Rosella, buque abanderado en Finlandia y cuyos trabajadores, la mayoría finlandeses, se rigen por el convenio colectivo finlandés firmado por la empresa y FSU. La empresa pretende reabanderar el Rosella en Estonia y así aplicar las condiciones laborales de allí, que son menos costosas para la empresa. Asimismo, en la STJCE 18 diciembre 2007, asunto C-341/2005, Laval un Parthneri, se dilucida si a los treinta y cinco obreros letones desplazados por una empresa de Letonia a Suecia, para remodelar una escuela, debe aplicárseles las condiciones laborales establecidas en el convenio inter partes sueco (recuérdese que el modelo de negociación colectiva sueco se caracteriza por carecer los convenios colectivos de eficacia erga omnes y ser eminentemente dinámico) y si las acciones sindicales, el boicot y la huelga, emprendidas para presionar a la empresa letona fueron lícitas. La conclusión del Alto Tribunal estableciendo que no existe una legislación nacional sueca sobre mínimos salariales y que el convenio colectivo es totalmente voluntario, sin concurrir una declaración de eficacia personal general para los convenios colectivos aplicados en el sector productivo interesado, permite a la empresa letona elegir si quiere cumplir o no las condiciones laborales suecas y aplicárselas a los trabajadores desplazados. La concesión de dicha facultad es reprochable al romper sin duda la igualdad de trato que debe presidir entre los trabajadores que prestan los mismos servicios en idéntico sector y territorio, potenciándose el dumping social. Además, el Alto Tribunal se ha extralimitado ya que de forma indirecta ha cuestionado el modelo de relaciones laborales colectivas sueco, algo que pertenece a la esfera interna de cada Estado Miembro. No es que el TJCE no pueda conocer de estos asuntos sino que debería limitarse a examinar si se ajusta o no a las normas y principios comunitarios, sin entrar a

cuestionar aspectos propios de competencia nacional. La STJCE 3 abril 2008, asunto C-346/2006, Rüffert, en la misma línea que sus predecesoras, concluye considerando prevalente la libre prestación de servicios determinando que la previsión contenida en la Ley del Land de Baja Sajonia es contraria a esta libertad y a la Directiva 96/71/CE. La normativa cuestionada establece que "los contratos de obras sólo podrán adjudicarse a las empresas que en la licitación se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios pertinentes, como mínimo, la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la prestación de tales servicios, al tiempo previsto en ese convenio". Seguidamente, la norma extiende esta obligación en los casos de subcontratación, siendo necesario que la empresa adjudicataria imponga a los subcontratistas el respeto de los salarios. Sin embargo, la empresa polaca que había desplazado trabajadores a Alemania decidió mantener las condiciones laborales de origen, las de Polonia, entendiendo que tal imposición de la Ley del Land vulneraba la libre prestación de servicios. Las condiciones laborales en Alemania en ese sector eran reguladas por un convenio de eficacia inter partes, algo habitual ya que en el ordenamiento alemán los convenios colectivos no tienen eficacia general, salvo excepciones. A pesar de las consideraciones del Abogado General en el sentido de justificar la compatibilidad entre las normas nacionales y el derecho comunitario, evitándose así el dumping social y protegiéndose a los trabajadores, el TJCE termina resolviendo en otra dirección, rechazando que a los trabajadores desplazados de la empresa polaca a Alemania les sea de aplicación el convenio colectivo aplicable en el lugar de la prestación de tales servicios.

Sin duda, el TJCE se ha extralimitado al intervenir en aspectos en los que los Estados Miembros son todavía soberanos, y además con argumentos poco contundentes, forzando en el caso de Suecia y Alemania a que se cambien estos sistemas voluntaristas de negociación colectiva por otros que tengan un alcance general y poder cumplir así con los requisitos de la Directiva, para no perjudicar a las empresas estatales que están obligadas a cumplir las condiciones laborales de los convenios colectivos siendo éstas superiores a las exigibles a las empresas extranjeras. La realidad es que estas sentencias

están contribuyendo a un modelo europeo orientado prioritariamente a la defensa de las libertades de mercado, con un fuerte predominio del pensamiento renovadamente liberal de los países del este, a pesar de que el propio TJCE en el asunto Laval afirme que la Comunidad Europea no tiene sólo una finalidad económica, sino también social, debiéndose relacionar y equilibrar los derechos a la libre circulación y los derechos sociales, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social (STJCE 18 diciembre 2007, asunto C-341/2005, Laval, considerando 105). El TJCE a través de esta jurisprudencia está ignorando todo valor interpretativo al iter de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, optando por aplicar sin más el art. 3 Directiva 96/71/CE, relegando a la nada la lucha por conseguir una reforma del texto originario de la Directiva Bolkestein.

La problemática de estos supuestos alerta sobre la urgencia de reformar la Directiva 96/71 bien garantizando la aplicación del convenio sectorial en todo caso, bien atendiendo a la propuesta de la Confederación Europea de Sindicatos que exigen la inclusión de una "cláusula para el progreso social" que establezca que el Tratado y las Libertades fundamentales que reconoce sean interpretadas respetando los derechos fundamentales y muy especialmente la acción colectiva de los sindicatos, ya que la negociación colectiva y la autocomposición de conflictos laborales son dos pilares esenciales que sustentan actualmente los modelos de relaciones laborales. En este sentido, resulta indispensable una mínima homogeneización de los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros para lograr un sistema comunitario.

Tomando conciencia de esta situación se ha elaborado la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto

colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre de prestación de servicios, de 21 de marzo de 2012, (texto pertinente a efectos del EEE) [COM (2012) 130 final] [2012/0064 (APP)] [SWD (2012) 63] [SWD (2012) 64], el denominado Reglamento Monti II. Las consideraciones que vierte la Comisión Europea en la Exposición de Motivos de la Propuesta ofrecen una valoración más positiva, y sesgada, de estas sentencias, resaltando que se ha reconocido por primera vez que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, es un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho de la UE cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (apartado 44 de la sentencia en el asunto Viking Line y apartado 91 de la sentencia en el asunto Laval), y que además constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. La protección de los trabajadores figura, por tanto, entre las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia. No obstante, reconoce la Comisión que estas sentencias han provocado un amplio e intenso debate sobre sus consecuencias para la protección de los derechos de los trabajadores desplazados y, de manera más general, sobre la medida en que los sindicatos pueden seguir protegiendo los derechos de los trabajadores en situaciones transfronterizas. Concretamente, han suscitado controversia acerca de la adecuación de las normas de la Unión Europea en vigor para proteger los derechos de los trabajadores en el contexto de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

Por tanto, la propuesta de Reglamento Monti II es reflejo de la gran tensión política y sindical en el seno de las instituciones comunitarias. No obstante, lejos de calmar la situación, ha recibido las críticas y la oposición del movimiento sindical europeo, habiéndose manifestado tajantemente en este sentido el Comité Ejecutivo de la FSESP, rechazando las STJCE al respecto por entender que posibilitan el dumping social y que se sustentan en la consideración de los trabajadores como mercancías.

Sintetizando, en el ámbito del Derecho de la Unión se plantea un grave problema en cuanto a la garantía del derecho de huelga ya que conforme al art. 153. 5 TFUE, "las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal"; por lo que se impide dictar una legislación comunitaria sobre la huelga salvo reforma constitucional europea. No se podrá promulgar una legislación comunitaria armonizadora. No obstante, y a pesar de esa limitación de tipo competencial no cabe duda del dato normativo de que la Carta reconoce el derecho de huelga y que será posible su invocación, como principio general del Derecho comunitario, frente al TJCE ante situaciones llevadas a cabo por la Unión en la esfera de las competencias que tiene atribuidas en el sistema de los Tratados (es el caso de la STJCE de 11 de diciembre de 2007, "International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union", C-438/05, apartado 44; o la STJCE de 18 de diciembre de 2007, "Laval un Partneri", C-311/05).

Ante esta mercantilización de los derechos sociales, debe apostarse por la integración positiva entre los derechos sociales colectivos, de carácter nacional, y las libertades de circulación de trabajadores, de carácter comunitario, aplicándose como efectivamente hace el TJCE la técnica del balance, consistente en el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Lo que ocurre es que lo hace de una forma incorrecta o poco afortunada, resultando que los derechos sociales de acción colectiva entran en el espacio jurídico comunitario pero lo hacen siendo marginados y pospuestos en pro de las libertades económicas de circulación. Además, en la Propuesta Monti II, que parece que no prosperará, se apuesta por la proporcionalidad pero más bien y en primer lugar habría que apostar por la equiparación, es decir, equipara y luego pondera. Las libertades económicas están muy protegidas por la normativa del comercio mientras que las libertades laborales colectivas no están igual de protegidas por lo que se requiere primero una equiparación y luego realizar el oportuno examen de proporcionalidad. Igualmente, el problema de la jurisprudencia del TJCE radica en que no puede la Unión Europea intervenir normativamente en el bloque de derechos sindicales porque no tiene

competencia al residir ésta en la soberanía de los países miembros; sin embargo, se ha atrevido a pronunciarse el TJCE utilizando la vía de la Directiva 96/71/CE y del Reglamento (CEE) número 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros.

Por otro lado, la OIT se ha mostrado especialmente preocupada por las posibles repercusiones que estas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueden ocasionar en este ámbito. Concretamente, ha cuestionado el hecho de que en sus sentencias recientes dicho tribunal haya declarado que el derecho de huelga está sujeto a restricciones cuando su efecto pueda impedir de manera desproporcionada la libertad de un empleador de establecer servicios o la libertad de suministrar servicios. Por comunicación de fecha 29 de agosto de 2011, la Confederación Europea de Sindicatos (CES) señaló a la atención de la Comisión su especial preocupación con respecto al impacto de las recientes decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Viking, Laval, Rüffert y Luxembourg) sobre la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva. Si bien la CES ha pedido a la Comisión que determine si estas decisiones son compatibles con los Convenios números 87 y 98, la Comisión de la OIT advierte que su mandato se limita a examinar la aplicación de los convenios en un Estado miembro determinado, aunque manifiesta que seguirá con atención la evolución de la cuestión y la actuación de la Comisión Europea al respecto.

## **IX. EL DERECHO DE HUELGA**

Desde el punto de vista histórico, la controversia ha acompañado a la huelga desde sus orígenes en el horizonte del derecho. Es ampliamente aceptado la evolución

histórica de la huelga: desde sus inicios considerada una conducta delictiva y no aceptada por el ordenamiento legal hasta su consagración --previo reconocimiento como un acto lícito-- como un derecho fundamental de los trabajadores, expresamente previsto en el artículo 8.1 letra d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La idea de la huelga tradicionalmente se ha referido a la suspensión concertada y continua del trabajo convenido, con la finalidad de expresar y canalizar una pretensión o reclamo laboral de sus titulares.

Se han sostenido como elementos tipificantes de la huelga que se trate, por una parte, de una suspensión de carácter continuado de la prestación de servicios convenida en los contratos de trabajo. Y que, por otra, suponga una acción colectiva que exprese una pretensión de los huelguistas, lo que necesariamente importa en alguna medida la paralización de la actividad productiva de la empresa.

No obstante esta idea tradicional ha sido considerada demasiado restrictiva. Ello ha dado lugar a un concepto amplio de huelga que excede el marco de la definición anterior y que dice relación con cualquier interrupción colectiva de la actividad laborativa.

En esta idea amplia de la huelga, la tradicional distinción entre huelga y otros medios de acción gremial o sindical, tales como manifestaciones, ocupaciones, sentadas, etc., pierde relevancia. En torno a esta diferencia conceptual se ha efectuado la distinción entre huelga típica y atípica.

En ese sentido, cabe precisar que no existen razones conceptuales relevantes para restringir el derecho a huelga a la idea tradicional. De hecho, lo razonable es que la



idea jurídica se haga cargo de la evolución social de la institución y las prácticas evolutivas que legítimamente sostengan los trabajadores.

En cualquier caso, muchas de las conductas que están en el margen de la idea de huelga, por ejemplo, los piquetes, las ocupaciones o las manifestaciones, pueden entenderse cubiertas por otros derechos fundamentales del trabajador, tales como la libertad de expresión o el derecho de protesta social.

La huelga ha sido objeto de diversas clasificaciones de las que aquí recogeremos la ya mencionada entre huelga típica y atípica, atendida el modo de hacer efectivo ese derecho fundamental de los trabajadores.

Por huelga típica se entiende aquella cuyo modo de ejecución consiste en la paralización total y continuada de la actividad laboral convenida por parte de los trabajadores y es la generalmente reconocida por las reglas de los ordenamientos laborales.

Por huelga atípica, en cambio, aquella que no presenta alguno de los elementos anteriores --abstención total y continuada--, que son "aquellos casos de trabajo irregular o de alteración del trabajo normal: los paros intermitentes, o paros parciales, el trabajo a reglamento, o trabajo a desgano, etc.".

En esta categoría se encuentran diversas modalidades de huelga, entre otras; la de solidaridad, aquella huelga que va en apoyo de otra huelga, la de celo o reglamento, el trabajo se somete a un cumplimiento en detalle de la reglamentación lo que lo vuelve menos productivo, la de brazos caídos, el trabajo se presta a un ritmo productivo inferior al normal, la huelga relámpago, el trabajo se interrumpe por un momento de

corta duración, y la huelga rotativa, se paraliza el trabajo por turnos sin interrumpir el total de la producción.

Las finalidades de la huelga son, en primer término, reivindicaciones laborales. Dicen relación con una voluntad de reivindicación gremial. Pero las finalidades de la huelga no se agotan allí y reconoce la posibilidad que la huelga tenga otros fines más amplios de carácter económico y social, como puede ser la huelga que tenga por objeto reivindicaciones de política general las políticas de empleo y ocupación o de seguridad social.

Es posible, atendida la finalidad, establecer varios modelos distintos de huelga. Se habla, en primer lugar, de aquellos sistemas legales donde la finalidad de la huelga no está regulada por la ley, y corresponde al denominado modelo autónomo. Se trata de aquellos ordenamientos jurídicos más respetuosos de la autonomía colectiva, que dejan a los actores sindicales determinar cuál será el objetivo de la huelga respectiva.

En segundo lugar, se encuentran los países cuyas normas constitucionales o legales fijan una pluralidad de objetivos o finalidades al derecho de huelga. Son los llamados modelos polivalentes, y se mueven entre dos extremos: un modelo amplio de huelga --las normas jurídicas fijan una finalidad genérica y abierta de la huelga fines gremiales o laborales--, o un modelo más restringido de huelga --las normas jurídicas establecen diversas finalidades para la huelga pero específicamente determinadas en los textos legales--.

En tercer y último lugar, se encontraría los sistemas legales que establecen un modelo contractualista de huelga. Esto es, que fijan una única y determinada finalidad para la huelga: la negociación o renegociación de un convenio colectivo. De modo tal, que cualquier huelga que no persiga ese único objetivo --el deseado expresamente por el legislador-- debe ser considerada ilícita.

Respecto de la huelga y sus finalidades, la OIT ha señalado a este respecto que:

- "Que la declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical (OIT 1996, párrafo 493).

- "Los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar en un ámbito mas amplio, en caso necesario, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros" (párrafo 484, OIT 1996).

- "La prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato, está en contradicción con los principios de libertad sindical" (párrafo 489, OIT 1996).

Suele afirmarse que el derecho de huelga es individual pero de ejercicio colectivo. La dimensión individual conlleva el derecho del trabajador a decidir si secunda o no una huelga ya declarada, así como el derecho de abandonar la huelga. La dimensión colectiva supone que la huelga ha de ser convocada y gestionada por un sujeto colectivo representativo de los trabajadores (Comités de empresa, sindicatos) y no por éstos individualmente.

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, el derecho de huelga se reconoce a quienes prestan sus servicios por cuenta ajena en régimen laboral, con independencia de si la relación es común o especial o si se ejerce en el sector privado o

público. En consecuencia, no puede ser ejercitado por quienes no son trabajadores por cuenta ajena (autónomos, profesionales, etc.) o se sitúan por completo fuera del ámbito de las relaciones laborales formalizadas (estudiantes, becarios, jubilados, desempleados, etc.). Los trabajadores extranjeros, aunque no cuenten con la preceptiva autorización para trabajar, también son titulares de este derecho fundamental, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007, de 19 de diciembre.

No obstante lo anterior, a ciertos grupos de trabajadores (personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares, personal contratado por empresas de seguridad, penados en instituciones penitenciarias) se les aplican reglas limitativas de este derecho.

En cuanto a los funcionarios públicos, el artículo 28.2 de la Constitución no les reconoce el derecho de huelga, pero implícitamente se ha entendido que su ejercicio puede justificarse en los artículos 7 CE (sindicatos) y 28.1 CE (libertad sindical) de la Constitución. Actualmente, el Estatuto Básico del Empleo Público reconoce expresamente este derecho al señalar que los empleados públicos tienen el derecho individual al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Quedan excluidos del ejercicio del derecho de huelga los funcionarios militares, los funcionarios de policía, los jueces, magistrados y fiscales. El personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias de la Seguridad Social tiene derecho a la huelga, por efecto de la aplicación supletoria a dicho colectivo de la legislación funcionarial general.

## **X. LA HUELGA COMO LIBERTAD LABORAL**

La huelga es ante todo una realidad, un fenómeno social de poder que surge de forma previa a su regulación jurídica. Asumiendo un concepto amplio, la huelga puede ser definida como una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento del proceso de producción de bienes y de servicios, concertada de forma colectiva como medida de presión para la defensa de intereses colectivos o generales de los trabajadores. Desde esta perspectiva, las respuestas que puede ofrecer posteriormente el ordenamiento jurídico ante el fenómeno de la huelga ya existente son diversas, pudiendo sistematizarse a grandes rasgos siguiendo una teoría clásica de P. Calamendrei, como huelga-delito, huelga-libertad y huelga-derecho, siendo examinada aquí solamente la segunda de ellas pero advirtiéndose que para poder hablar de democracia política es preciso partir del modelo de huelga-libertad o huelga-derecho; entendiendo que además el modelo huelga-derecho puede acoger dos vertientes: la huelga configurada como derecho fundamental del hombre o como mero derecho instrumental al servicio de la negociación colectiva (véase derecho de huelga). Igualmente, también es conveniente precisar que estos "modelos reales" de huelga son fruto de diversos elementos que confluyen en un país concreto como por ejemplo, las tradiciones políticas y sociales, la valoración del conflicto y su papel en las transformaciones sociales, las connotaciones ideológicas del sindicalismo, las actitudes de la clase empresarial y del Estado frente al fenómeno sindical, etc. La confluencia de todos estos factores de carácter diverso determina la configuración de los modelos "reales" de huelga, matizándose que no obstante es complicado su "encasillamiento" en modelos teóricos puros, resultando más bien como una "condensación" de algunos de los rasgos distintivos de los ordenamientos jurídicos frente a la huelga, tratándose así de facilitar su análisis técnico pero aceptando asimismo la premisa de su valor esencialmente relativo y la necesaria observancia de la actividad interpretativa de los sujetos a los que les corresponde la aplicación e interpretación del Derecho ya que la realidad jurídica no se agota en su regulación estrictamente normativa.

Desde la perspectiva del modelo histórico-evolutivo de análisis del derecho de huelga, el modelo de huelga-libertad se relaciona con una actitud de tolerancia o ignorancia relativa por parte del sistema político-jurídico; respuesta ésta que sigue presente en algunos ordenamientos jurídicos en la actualidad. Se caracteriza porque si bien la huelga no es prohibida penalmente, sí resulta sancionable en la esfera civil al considerarse como un incumplimiento contractual de los trabajadores que la realizan porque no se concibe a la huelga como un fenómeno colectivo sino como la suma de faltas individuales al trabajo de personas que por su contrato están obligadas a hacerlo, pudiendo ocasionar la ruptura del vínculo contractual. En este sentido, la regulación de la huelga como simple libertad obliga a remitir el problema a la correlación de fuerzas existente entre las fuerzas sociales en presencia, aunque sin que los trabajadores dispongan de una protección frente a los poderes disciplinarios del empresario, siendo frecuente que se recurriera al despido en estos casos. Pero el reconocimiento de la huelga como una esfera de libertad de la persona que trabaja y al mismo de acción colectiva o sindical, constituye en sí un paso de extraordinaria importancia, pues entonces su lógica reguladora admite la legitimidad del poder o potencia social que comporta y queda, así, estrictamente separada dentro del orden jurídico de la precedente lógica punitiva excluyente en cuanto comportamiento "desviante" del orden político-jurídico establecido.

La huelga-libertad se asienta sobre una visión del conflicto obrero como algo "fisiológico" de las relaciones laborales, cuya licitud es preciso que el ordenamiento jurídico reconozca y legitime en todas sus vertiente pero que no requiere de una garantía que vaya más allá, valorando el conflicto obrero como socialmente indiferente; mientras que en la concepción de huelga como derecho se entiende que el conflicto es socialmente deseable ya que constituye un motor de cambios sociales progresivos. En este sentido, se ha calificado como excesivamente amplia y poco realista la configuración del modelo de huelga-libertad, ya que si bien originariamente se hacía referencia al abstencionismo del Estado ante el conflicto obrero, quedando exento de sanciones de tipo penal y administrativo, esto resulta insuficiente a día de hoy, siendo necesario que además se garantice la inmunidad del trabajador frente a sanciones de

carácter laboral impuestas por el empleador ante el ejercicio del derecho de huelga. Es lo que se daría en llamar un híbrido entre los modelos de derecho y de libertad de la huelga, extendiendo la garantía de la libertad de huelga a las esferas públicas y privadas del trabajador siendo una conducta jurídicamente irreprochable; concibiéndose doctrinalmente de forma paralela el "modelo de la huelga-incumplimiento contractual", en el que la huelga ha dejado de ser un ilícito penal y administrativo pero continúa siendo un ilícito civil-laboral, como una posición intermedia entre la huelga-delito y la huelga-libertad.

Por otro lado, conviene tener presente, y a pesar de la constatación de que en algunos ordenamientos jurídicos se configura a la huelga como una libertad y no técnicamente como un derecho, que ya en 1952, en su segunda reunión, el Comité de Libertad Sindical de la OIT afirmó el modelo de huelga-derecho. En este sentido, la Resolución sobre la abolición de la legislación antisindical en los Estados Miembros de la OIT adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957 y en la Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles adoptada por la Conferencia en 1970, así como en varias resoluciones de Conferencias Regionales y Comisiones Sectoriales de la OIT, y como por otros organismos internacionales, se han mostrado tajantes en la reafirmación del derecho de huelga al entender que los derechos sindicales en su sentido más amplio acogen también al derecho de huelga y que por tanto es preciso garantizar la protección del ejercicio del mismo; y ello a pesar de que no haya normativa expresa de la OIT que así lo establezcan. No obstante, se aprecian peligrosas tendencias por parte de la patronal en el sentido de excluir el derecho de huelga del bloque de derechos sindicales, como ha podido advertirse en la Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, de 2012, defendiendo el Grupo de los Empleadores en la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo que el derecho de huelga no tiene ningún fundamento jurídico en los convenios sobre libertad sindical, manteniendo asimismo el Grupo de los Trabajadores que el derecho de huelga era un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio número 87 y por los principios enunciados en la Constitución de la OIT.

Igualmente, resaltar que la Carta Social Europea, ya en 1961 y también tras su revisión en 1996, el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 en su art. 8. 1 d), y la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su versión consolidada de 2007-2010, reconocen expresamente a la huelga como un "derecho" fundamental social de libertad, lo que sin duda es realmente importante y significativo del verdadero alcance de la garantía internacional y europea de la huelga.

## **XI. CARACTERÍSTICAS DE LA HUELGA**

Al ser un derecho fundamental, la huelga goza de una protección máxima. Su tutela puede solicitarse a través de un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios (artículo 53.2 de la Constitución) y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Como todos los derechos constitucionales, el derecho de huelga no es renunciable en abstracto, aunque cabe la renuncia temporal a su ejercicio en convenio colectivo sin que tal renuncia resulte contraria a la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981).

El derecho de huelga, como los demás derechos fundamentales, no es absoluto o ilimitado y "admite y precisa una regulación legal" (Sentencia del Tribunal Constitucional 332/1994, de 19 de diciembre), cual es, en tanto se apruebe una Ley Orgánica de Huelga, el citado Real Decreto-Ley 17/1977.

## **XII. CONTENIDO DEL DERECHO DE HUELGA**



El contenido esencial del derecho de huelga comprende la cesación del trabajo, en cualquiera de sus manifestaciones o modalidades, sin que la empresa pueda imponer sanciones por tal motivo. Corresponde a los titulares del derecho de huelga establecer la causa y la finalidad reivindicativa que se persigue (Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981 y 123/1992). Además de la convocatoria y de la fijación de los objetivos reivindicativos, el reconocimiento del derecho de huelga supone permitir la difusión de la información sobre el conflicto, la celebración de reuniones en el centro de trabajo, la facultad de informar y expresar libremente las reivindicaciones de los trabajadores, la negociación y, finalmente, la decisión de dar por terminada la huelga.

En el plano de las garantías, la huelga ha de ser tutelada por los Tribunales ordinarios mediante un proceso preferente y sumario. Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, cabe interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Desde la perspectiva del derecho sustantivo, impedir o limitar el ejercicio legítimo del derecho de huelga constituye un delito (artículo 315 del Código Penal) con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. En el caso de que tal impedimento o limitación se realice por un funcionario público, éste podrá ser sancionado con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad (artículo 542 del Código Penal).

Las ausencias debidas a huelga legal no se computan como faltas de trabajo a los efectos de poder justificar un despido objetivo del trabajador, artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores 2015. Por otro lado, el empresario no puede sancionar

disciplinariamente a los trabajadores por el hecho de convocar o secundar una huelga (artículo 6.1 del Real Decreto-Ley 17/1977); en tal caso el despido será declarado nulo. Tampoco puede advertir sobre la ilegalidad de la huelga y de la adopción de posibles medidas disciplinarias en el supuesto de secundarla ya que esta conducta lesiona el derecho de huelga por su carácter intimidatorio y coactivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2003). Cosa distinta es que puedan ser sancionados, incluso con el despido, comportamientos singularmente graves ocurridos durante el desarrollo de una huelga, como pueden ser el incumplimiento de los servicios mínimos fijados por la autoridad gubernativa, o de los servicios de seguridad y mantenimiento, o la destrucción de bienes de la empresa, las agresiones al empresario o a trabajadores no huelguistas, o la participación destacada en una huelga ilegal (artículo 16 del Real Decreto-Ley 17/1977).

Asimismo, el empresario no puede sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa en el momento de comunicarse la huelga -ni tampoco acudir a los servicios de una empresa de trabajo temporal- salvo incumplimiento de la obligación de atender los servicios de mantenimiento y seguridad, o de los servicios mínimos en huelgas en servicios esenciales para la comunidad (artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977). En fin, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social tipifica como infracción administrativa muy grave los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el Ordenamiento.

STS de 23-12-2003. Esta sentencia trata de valorar la actuación de la empresa ante el anuncio de una huelga de carácter intermitente, convocada por un sindicato, durante determinados días y horas, que se hicieron coincidir con jornadas festivas de Semana Santa y puente del 1 de mayo, precisamente en horas de mayor utilización del transporte ferroviario. En esas circunstancias, la empresa comunicó al sindicato

convocante que la huelga anunciada era ilegal y abusiva, haciendo saber a los trabajadores que la participación en dicha huelga daría lugar a las acciones disciplinarias y legales pertinentes. La participación de los trabajadores en la huelga no excedió del 4 por 100 en ninguno de los días. Si la empresa entendió que la huelga era abusiva e ilegal, debió impugnarla ante el órgano jurisdiccional competente, pero asumir en la forma en que lo hizo la facultad de legitimar o injustificar la huelga, supone la atribución de una facultad que no le corresponde, y menos con la amenaza de sanciones para quienes la secundaran; es evidente que con tal conducta lesionó, de modo manifiesto, el derecho fundamental de huelga, reconocido en el art. 28 CE a cada trabajador, para su ejercicio en forma colectiva; ese anuncio representa una intolerable intimidación y coacción que no puede ser amparada desde una perspectiva jurídico-constitucional

STS de 11-5-2001. El sindicato convocó una huelga que afectaba a la totalidad de la plantilla del Servicio Vasco de Salud; por la autoridad correspondiente se fijaron los servicios esenciales durante la huelga; a juicio del sindicato, el hecho de remitir ciertos enfermos a otros centros de salud vaciaba de contenido el derecho de huelga. La sentencia recurrida desestimó la demanda del sindicato y absolvió al organismo demandado en un fallo que fue confirmado por el TS. El derecho de huelga no es un medio para perjudicar o hacer mal a la empresa, y si bien la huelga acarrea perjuicios a la empresa, este mal no es la finalidad ni el objeto de la misma, sino que tiende a obtener condiciones que mejoren los intereses profesionales de los trabajadores. Los sujetos directamente concernidos en el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa, pero los clientes o público en general, que goza o se sirve de las prestaciones de la empresa, están completamente desvinculados del ejercicio del derecho de huelga, y por ello tienen absoluta libertad para buscar los servicios o prestaciones que la empresa en huelga les suministraba en otras empresas o por los medios que tengan por conveniente; el artículo 28 de la CE dispone que la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Si el derecho de huelga no tiene por finalidad esencial perjudicar o hacer mal a la empresa, es una manifiesta perversión de derecho a

la misma tratar de perjudicar a terceros, máxime cuando se trata de terceros titulares de un derecho tan vital como la salud.

STS de 6-4-2004. El sindicato convocó una huelga para el día 20 de junio de 2002 y la empresa comunicó a los interesados en ella que para el día de huelga quedaban suspendidas las licencias sindicales de los representantes, por acumulación de horas sindicales, por lo que procedería a realizar el pertinente descuento a los liberados sindicales, como a cualquier otro trabajador que haga uso del derecho de huelga. La sentencia recurrida declaró que la comunicación de la empresa constituye un acto contrario al derecho de huelga radicalmente nulo. Ambas partes recurrieron la sentencia y el TS desestimó los dos recursos. Lo que en definitiva se debatía en el recurso era si la negación de la condición de huelguistas a los liberados sindicales pugna con el derecho fundamental a la huelga o de la libertad sindical. El Alto Tribunal llega a la conclusión de que el derecho de libertad sindical ha sido lesionado por la decisión de la empresa, tanto por negar a sus liberados la condición de huelguistas, como por rechazar el acuerdo de la sección sindical de suspender el día de la huelga las licencias que, por horas acumuladas correspondieran a los liberados sindicales. Una vez aprobada la norma o celebrado el pacto que permite la acumulación de los créditos horarios de los representantes sindicales, constituye su utilización una decisión interna de cada sindicato en aras de un eficaz desarrollo de su actividad sindical, en la empresa o fuera de ella, como había reconocido el TC en su sentencia 7/2000. La decisión de la empresa privó a la sección sindical de su facultad de administrar libremente el uso de las horas acumuladas, y con ello vulneró su derecho de libertad sindical. El uso acumulado de las horas sindicales no priva al liberado sindical de su previa y determinante condición de trabajador, ni lo expulsa de la plantilla de la empresa; no es preciso que al liberado se le considere huelguista y que le sea asignado un turno de trabajo.

STS de 10-12-1993. En la demandas se planteaba si, a efectos del premio de asiduidad establecido en el convenio colectivo, los días de inasistencia al trabajo por huelga legal se consideran o no de trabajo efectivo y, como consecuencia, si la falta de asistencia al trabajo en tas caso impide la concesión del mencionado premio. La sentencia de la AN declaró que las ausencias por huelga legal no repercuten en el premio de asiduidad y su fallo fue confirmado por el TS. La participación en una huelga únicamente suspende los efectos del contrato de trabajo mientras dure, sin que el trabajador tenga obligación de trabajar ni derecho al salario, así es que el ejercicio del derecho no puede ir más lejos de lo apuntado; al igual que la huelga no minora las vacaciones anuales, tampoco puede afectar al descanso complementario que implica el premio de asiduidad salvo en la parte proporcional correspondiente a los días de huelga, ya que si el plus se devenga día a día por asistir puntualmente al trabajo, la huelga impide su devengo en los días en que ésta se realiza; lo contrario implicaría privar al trabajador de algo más que del salario de dichos días, pues se le estaría privando de una parte del descanso devengado en jornadas de trabajo.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha delimitado el alcance de la nulidad de un despido colectivo por vulneración del derecho de huelga, que alcanza al número de despidos tomado como medida de represalia pero no a los propuestos inicialmente. La sentencia de 20 de septiembre de 2013 dictada en procedimiento de casación, considera que la conducta de la empresa consistente en elevar en un segundo periodo de consultas el número de trabajadores afectados por un despido colectivo inicial anunciado, a raíz de la declaración de huelga en los centros de trabajo afectados, incurre en vulneración de derecho fundamental. Tal vulneración del derecho de huelga conlleva la nulidad del despido colectivo adoptado en el segundo periodo de consultas, pero no afecta a los 91 despidos anunciados en el inicial. La empresa CELSA ATLANTIC, S.L., que contaba con varios centros de trabajo, abrió un periodo de consultas para modificación sustancial de condiciones de trabajo (incremento jornada), inaplicación de convenio colectivo (reducción salarial del 30%) y amortización de 91 puestos, por causas económicas, en dos de ellos. Tras varias reuniones en periodo de

consultas, los representantes sindicales (de ELA, en su mayoría) rechazaron el planteamiento empresarial y convocaron una huelga indefinida. Ante esa situación, la empresa abrió nuevo periodo de consultas en procedimiento de despido colectivo posterior, esta vez para el cierre total de ambos centros de trabajo. Periodo que finalizó sin acuerdo, optando la empresa por la extinción de 178 contratos, la mayoría de los cuales fueron de trabajadores que habían secundado la huelga. Impugnado el despido colectivo por los representantes sindicales ante el Tribunal Superior de Justicia solicitando su nulidad o subsidiario no ajuste a derecho, éste estimó la nulidad del despido colectivo, por indicios no contrarrestados de vulneración del derecho de huelga al responder a ésta con una sensible elevación del número de trabajadores despedidos fijado en el período de consultas inicial y vulneración asimismo del derecho a la libertad sindical de las personas despedidas pertenecientes o vinculadas al sindicato ELA. Frente a la sentencia del TSJ la empresa interpuso Recurso de Casación, cuya sentencia que analiza lo siguiente:

1) Sobre la valoración de la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo y la vulneración del derecho de huelga. Queda probada una evidente vinculación o conexión causal entre la declaración y convocatoria de la huelga acordadas por el comité intercentros y la reacción empresarial de convertir el despido colectivo de parte de la plantilla en el despido colectivo de la totalidad de los empleados. Hechos no desvirtuados por la empresa, de lo que se deriva la declaración de nulidad de la conducta empresarial.

2) Sobre la valoración del contenido y el alcance de la nulidad (total o parcial) de dicha actuación empresarial. La sentencia del TS considera que la sentencia de instancia del TSJ declaró la nulidad total de la decisión extintiva colectiva, incluidos los 91 despidos anunciados en el período de consultas inicial, por lo que considera su resolución no ajustada a derecho.

Para la mayoría de la Sala, la decisión inicial de despido colectivo, que denomina "parcial", fue ampliada a la totalidad de los trabajadores de los centros afectados a raíz de la declaración de huelga, lo que ha constituido un acto de retorsión contrario al ejercicio de ese derecho. Pero la nulidad del despido colectivo final o "total" no puede extenderse al despido colectivo anterior que pretendía amortizar 91 puestos de trabajo, ya que su iniciativa, propuesta y negociada en el período de consultas, puede ser lícita o ilícita pero no ha sido lesiva del derecho fundamental de huelga. Lo que le lleva a concluir la nulidad de la ampliación del despido colectivo pero no la de la decisión de despido colectivo parcial anterior.

Y ello porque interpreta que la elevación del número de despidos no significa una renuncia al despido parcial, sino una modificación ampliatoria del mismo. Y que la empresa que en el presente recurso ha pedido lo más (la declaración de validez del despido colectivo total acordado) está también pidiendo lo menos (la declaración de validez del despido colectivo parcial, que injustificadamente amplió luego).

Sobre la valoración de los actos de despido de los trabajadores afiliados a ELA y la vulneración del derecho a la libertad sindical. Por otro lado, la sentencia considera que la alegada discriminación en el despido y consiguiente lesión de la libertad sindical de los trabajadores afiliados a ELA debe ser enjuiciada por el cauce del artículo 124.13 LRJS y no por la presente vía del artículo 124.1 y 2 LRJS, ya que, si se produce, lo es al ejecutar la decisión extintiva colectiva mediante los despidos individuales.

Sobre la concurrencia de los requisitos de fondo y de procedimiento del despido colectivo decidido por la empresa. La sentencia estima probado que en la fecha de la demanda, concurría en la empresa demandada la causa económica contemplada y definida en la Ley. Todo ello lleva a la Sala a casar y anular la sentencia del TSJ, resolviendo lo siguiente:

1) que la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo ha incurrido en vulneración del derecho de huelga de los trabajadores.

2) que la nulidad consiguiente a la declaración anterior no afecta a los 91 despidos anunciados en el primer período de consultas.

3) que el cauce procesal del artículo 124.1 LRJS, impugnación colectiva del despido colectivo, no es el adecuado para conocer por las alegadas vulneraciones del derecho de libertad sindical de los afiliados al sindicato ELA en los actos singulares de extinción de sus contratos de trabajo subsiguientes al despido colectivo.

4) que la vía procesal adecuado para tales impugnaciones es la del artículo 124.13 LRJS ante los Juzgados de lo Social.

5) que no pueden acogerse las alegaciones formalizadas en la demanda de fraude de ley y abuso de derecho en lo que afecta al despido colectivo parcial acordado por Celsa Atlantic S.A.

6) que tampoco se han acreditado infracciones del procedimiento en el período de consultas que pudieran determinar su invalidación.

7) que, al concurrir en el caso las causas económicas alegadas por la empresa respecto de la decisión inicial de despido colectivo parcial, se declara conforme a derecho dicho acuerdo de despido de 91 trabajadores adoptado por la empresa demandada en su comunicación de 18 de junio de 2012.



Lo fundamental del fallo, como se ha dicho, es que el alcance de la nulidad del despido colectivo por vulneración del derecho de huelga no se extiende al número de despidos pretendidos inicialmente, sino a los añadidos como consecuencia de tal vulneración. Y ello a pesar de no haberlo alegado la empresa ni siquiera subsidiariamente.

Por ello, la sentencia contiene dos votos particulares de sendos magistrados, cuyo razonamiento coincide precisamente en la inexistencia de un válido y completo despido colectivo parcial inicial, que se quedó en un mero periodo de consultas sin decisión empresarial posterior, tomando la resolución del Alto Tribunal la validez de un mero anuncio de despido como si de despido efectivo se tratara. Consideran que lo que se considera una "ampliación" del número de afectados por el despido colectivo, no es sino un proceso de despido colectivo distinto al anterior.

### **XIII. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA**

La declaración de la huelga exige un acuerdo expreso que puede ir precedido de unos actos de preparación que tienen por fin definir y coordinar la acción y que puede ser adoptado por los representantes de los trabajadores, ya sean organizaciones sindicales con implantación en el ámbito de la huelga o el comité de empresa, o por los trabajadores directamente. El acuerdo de huelga se comunicará al empresario y a la autoridad laboral competente (estatal o autonómica) para asegurar la publicidad de la misma y la garantía de los intereses públicos afectados. Cuando la huelga afecte a empresas encargadas de la prestación de servicios públicos, sean públicas o privadas, la huelga habrá de tener la publicidad necesaria para que los usuarios del servicio

puedan tener conocimiento de la misma (artículos 3 y 4 del Real Decreto-Ley 17/1977). En el escrito se harán constar los objetivos de la huelga, las negociaciones previas, fecha de comienzo de la huelga y composición del comité de huelga.

La comunicación debe ser preavisada con una antelación mínima de cinco días naturales, a fin de evitar el "carácter sorpresivo" de la huelga, permitiendo a los empresarios adoptar las medidas necesarias para combatir sus efectos, y al tiempo, permitir o facilitar la negociación que la evite. Aunque la Ley nada dice, es obvio que la huelga podrá desconvocarse antes de que llegue la fecha fijada para su comienzo.

El órgano encargado de gestionar la huelga es el llamado comité de huelga, integrado por un máximo de 12 trabajadores afectados por el conflicto. Este comité habrá de participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto, negociar para llegar a un acuerdo desde el preaviso de huelga y durante su desarrollo y garantizar durante la huelga la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinarias, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa. El comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa. Corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deben efectuar dichos servicios.

La huelga consiste en la perturbación del proceso productivo en la empresa en la que se realiza la actividad laboral a través de la realización de determinados

comportamientos posibles (cese en el trabajo o la abstención), tendentes a la consecución de un fin.

La Constitución Española (CE) reconoce, en su apdo. 2, Art. 28 Constitución Española, el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. Dando margen a la aparición de una ley que regule el ejercicio de este derecho estableciendo las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (inexistente hasta el día de hoy). Del mismo modo el Art. 7 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (Real Decreto Legislativo) entiende que el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse mediante la cesación temporal de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o sus dependencias.

De esta manera el derecho a huelga se considera una medida de Conflicto Colectivo, acordada por los trabajadores (apdo. 1, Art. 1 ET), que constituye la principal medida de autotutela que tienen los mismos, ejercida cuando existe un Conflicto Colectivo en la relación empresario-trabajador y concertada a través de la Asamblea de trabajadores, sindicatos o representantes de los trabajadores (sindicales o unitarios).

La retribución a descontar por cada día de huelga comprende tanto el salario de la jornada, como determinados conceptos de "salario diferido" -parte proporcional de gratificaciones extraordinarias, de pagas de participación en beneficios y de retribución del descanso semanal del período en que se haya producido la huelga-, señalando en cambio que la reducción salarial no alcanza ni a los días festivos -salvo que se comprendan dentro del período de huelga-, ni tampoco a las vacaciones. Aplicando esta doctrina, el Tribunal Supremo ha consentido deducir del salario correspondiente a los días de descanso semanal comprendidos dentro del período de huelga en que

participaron los trabajadores. Atendiendo a lo anterior, aun cuando se tratara de un día en que los trabajadores no tenían obligación de prestar servicios por descanso semanal, la Sentencia concluye que también procede la detracción de su salario por estar incluido en el período de huelga.

Como peculiaridad, del derecho de huelga, habría que destacar que siguiendo el citado apdo. 2, Art. 28 Constitución Española los titulares del mismo son los trabajadores, pero la jurisprudencia (STC 11/1981) ha matizado que la titularidad del derecho de huelga es individual, sin embargo su ejercicio es colectivo, es decir, el contenido esencial del derecho de huelga lo forman por dos clases de titularidades:

#### Titularidad colectiva

La tienen los sindicatos, representantes unitarios, representantes sindicales y los propios trabajadores (reunidos en asamblea) (Art. 71-81 ET). Consiste en:

1. La convocatoria de huelga.
2. La elección de la modalidad de huelga a realizar.
3. La adopción de medidas de presión.
4. El desarrollo de la huelga y su desconvocatoria.

#### Titularidad individual

La posee el trabajador considerado individualmente. Consiste en:

1. La adhesión o no del trabajador a la huelga ya convocada.
2. La participación del mismo en las medidas de desarrollo de la huelga.
3. La decisión de abandonar la huelga.

## Requisitos para el ejercicio de la huelga

La solicitud de inicio debe presentarse por escrito ante la Autoridad Laboral, indicando nombres, apellidos, domicilio de las personas que lo plantean y carácter de la representación que ostentan. Determinándose, igualmente, los empresarios y trabajadores afectados, hechos que lo motiva y peticiones concretas que se formulan, así como los demás datos que procedan (Art. 21 Real decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo). Su presentación se realizará ante Delegación de Trabajo de la provincia en que se plantee el conflicto (si sólo afecta a una provincia), ante la Dirección General de Trabajo (si engloba a trabajadores de más de una provincia) o ante el Departamento Laboral de la Comunidad Autónoma, que tengan transferencias en materia laboral (si el conflicto no tiene efectos fuera de su ámbito) (Art. 22 Real decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo). La citación de las partes se llevará a cabo dentro de las 24 horas siguientes a la presentación del escrito, encargándose la Autoridad Laboral de remitir una copia a la otra parte y de convocar a ambas dentro de los tres días siguientes (Art. 23 Real decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo). Con el objetivo de intentar la avenencia entre las partes. Los acuerdos serán adoptados por mayoría simple de las representaciones de cada una de las mismas. Dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo (Art. 24 ,Real decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo). De no llegarse a un acuerdo, las partes designarán a uno o varios Árbitros que deberán dictar su laudo en el término de 5 días. La decisión que adopten tendrá la misma eficacia que si hubiera habido acuerdo entre las partes. En caso de no llegar a un acuerdo, ni designar Árbitros , la Autoridad laboral (Art. 25 Real decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo), siempre que el conflicto derive de discrepancias relativas a la interpretación de una norma preexistente, estatal o convenida colectivamente, remitirá las actuaciones practicadas, con su informe, a la Magistratura de Trabajo (Juzgado de los Social), que procederá conforme a lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Social.

#### **XIV. EL COMITE DE HUELGA**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 reconoce el derecho de huelga remitiendo en su desarrollo a lo dispuesto en las leyes de cada país [art. 8.1.d)].

Este esquema se repite en la práctica totalidad de los textos internacionales con trascendencia en el Derecho del Trabajo, habida cuenta de que la regulación a nivel supranacional del derecho de huelga se ha encontrado con importantes obstáculos, dada la reticencia de muchos países a incorporar una ordenación detallada sobre el mismo, más allá de su reconocimiento como derecho fundamental y un reenvío al derecho interno de cada Estado. En cualquier caso, la ausencia de normativa detallada no debe llevar a colegir que los organismos internacionales desconozcan el derecho de huelga o no hayan querido garantizar cierto ámbito de protección para el desarrollo del mismo.

En este sentido, la mayoría de los Tratados Internacionales no regulan las instituciones y los procedimientos vinculados al ejercicio del derecho de huelga, pero también es necesario resaltar como en la labor de aplicación e interpretación de dichos instrumentos es posible encontrar criterios en torno a las formas de utilización de esta prerrogativa, incluido el instituto objeto de análisis en la presente voz.

En consecuencia, el ejercicio del derecho fundamental de huelga reconocido por los textos internacionales no supone que éste haya de conformarse como una prerrogativa absoluta no sometida a ciertas limitaciones, pues el desarrollo armónico de la misma hace necesaria la existencia de una serie de límites con el fin de atender como conviene los intereses de las otras partes en conflicto.

En efecto, nada impediría a las legislaciones nacionales establecer una serie de requisitos para contrastar la licitud de una huelga, si bien "las condiciones requeridas... deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales" (333° Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Caso número 2251), habida cuenta de que "los procedimientos legales para declarar una huelga no deberán ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal" (316° Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Caso número 1989).

Precisamente con la intención de que la huelga tenga lugar de manera ordenada y sin imponer mayores sacrificios que los necesarios para esta medida de conflicto colectivo, en un significativo número de ordenamientos jurídicos se exige la constitución del denominado comité de huelga encargado de negociar con la parte empresarial una posible solución al conflicto mientras éste dure, así como de garantizar en muchos casos la seguridad de las personas y de las cosas y el mantenimiento de los bienes empresariales con la finalidad de que, superada la situación conflictiva, el proceso productivo pueda ser reanudado de manera rápida y eficaz.

Entrando a analizar la ordenación prevista en el panorama supranacional, en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, el derecho de huelga constituye uno de los instrumentos más importantes para la defensa de los intereses de los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus utilidades económicas y sociales, y aun cuando no se encuentra regulado de manera autónoma por ninguno de los Convenios ratificados en la Organización Internacional del Trabajo (a salvo una referencia tangencial en el Convenio número 105 cuando prohíbe el uso "de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio como castigo por haber participado en huelgas"), sí es cierto que ha sido reconocido como contenido esencial del derecho de libertad sindical protegido por los Convenios número 87 y 98 de la OIT, no en vano ha sido considerado como el "corolario indisoluble del derecho de sindicación protegido" por

ambos textos (311º Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Caso número 1954).

En el seno del Consejo de Europa, la Carta Social Europea ordena en su artículo 6.4 el derecho de los trabajadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor.

En el marco de la Unión Europea, según el artículo 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales se garantiza el derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las excepciones previstas en la legislación vigente; por su parte, la Carta Social de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores reconoce en su artículo 28 el derecho de los trabajadores a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

Por su parte, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948 prevé en su artículo 27 como los trabajadores tienen derecho a la huelga, cuyas condiciones y ejercicio serán reguladas por la ley; asimismo, el artículo 8.1.b) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1988 reconoce el derecho de huelga.

Sobre las premisas anteriores, la OIT considera como restricciones normales del derecho de huelga con el fin de hacer respetar los reglamentos de seguridad (OIT: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª ed. (revisada). Ginebra: OIT, 2006, párrafo 604) aquellas legislaciones que obligan a las "organizaciones profesionales de todas las actividades a procurar que siga prestando sus servicios el personal necesario para la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes, previéndose que las divergencias que



puedan surgir con respecto a este personal deben ser zanjadas por el tribunal administrativo de arbitraje" (OIT: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 4ª ed. (revisada). Ginebra: OIT, 1996, párrafo 555).

En semejante tarea pueden llegar a jugar un papel fundamental los comités de huelga, o institutos conocidos bajo otra nomenclatura similar propia de cada sistema jurídico, en cuanto órgano constituido por los propios trabajadores con el fin de gestionar la controversia y procurar la negociación con la parte empresarial y así poder dar por terminada la discrepancia laboral que ha dado lugar a la generación del conflicto colectivo.

Asumirá, así, la representación de aquéllos mientras dure el conflicto, afectando a quienes se encuentren dentro del ámbito subjetivo de la huelga y con todas las funciones encomendadas legalmente a dicho órgano por la legislación interna de cada Estado.

La configuración de este órgano debería ser abierta y extendida al máximo de posibles sujetos intervinientes, siendo admitida una representación de cuantos se encuentren afectados por el conflicto por el lado obrero, con el fin de abarcar el mayor número de puntos de vista y tomar en consideración todas las sensibilidades implicadas en la huelga.

Por otro lado, dos son las funciones fundamentales tradicionalmente asignadas al comité de huelga:

De una parte, tomar parte en todas aquellas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales destinadas a poner fin al conflicto y, en particular, negociar

y, en su caso cuando resultare posible, firmar algún acuerdo con el empresario que ponga fin a la huelga, en tanto en cuanto deben existir canales de interlocución que puedan encaminar a una solución pactada de la controversia.

De otra, garantizar durante el desarrollo de la huelga la prestación de los servicios necesarios para asegurar la seguridad de las personas y de las cosas dentro del centro de trabajo, así como el mantenimiento de los locales, maquinarias, instalaciones, materias primas a fin de que no se produzca su deterioro y cualquier otra atención que fuera imprescindible para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa.

El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, somete el ejercicio del derecho de huelga a una serie de exigencias formales y de procedimiento como la necesidad de un preaviso, la de un referéndum previo y obligatorio, la formación de un comité de huelga, la formalización de las reivindicaciones y el traslado o notificación de las mismas al empresario.

El comité de huelga es un órgano previsto por la ley para la gestión de la huelga y en particular para procurar la negociación y la resolución del conflicto.

Las claves para la formalización del citado Comité de huelga se encuentran en el Art. 5 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, y son:

1- Solo podrán ser elegidos miembros del comité de huelga trabajadores del propio centro de trabajo afectados por el conflicto. La existencia de esta obligación viene dada por la doble función que ha de desempeñar el este órgano, por un lado, defender y negociar con el objeto de llegar a una solución del conflicto y, por otro, garantizar durante la huelga, la prestación de los servicios necesarios de seguridad y mantenimiento.

2- La composición del comité de huelga no podrá exceder de doce personas. La designación concreta de los miembros del comité corresponde a los trabajadores en huelga o a los convocantes de la misma.

3- Las funciones de este comité son participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto y garantizar durante la misma la prestación de servicios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la posterior reanudación de las tareas de la empresa. (Art. 7 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo).

En lo referido a este apartado el T.C. (sentencia de 8 de abril de 1.981) considera, que es plenamente justificada la existencia del comité de huelga, que la composición del mismo sea comunicada al empresario en el momento de comenzar el conflicto, que el comité participe en las actuaciones de todo tipo que se realicen para solucionar el conflicto y exige que en el comité sólo puedan participar los trabajadores del centro afectado al tiempo que se limita numéricamente su composición.

Como establece el Art. 28 Constitución Española, "Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses". Por lo que es lógica la imposición de todas estas medidas con el objetivo de abrir una negociación y llegar a un compromiso o pacto.

Al respecto, los servicios de mantenimiento podrían abarcar aquellas funciones tendentes a evitar que la interrupción del proceso productivo pudiera causar un deterioro de imposible o muy costosa reparación en las herramientas y maquinarias de trabajo o destinadas a conservar en buen estado las materias primas o mercancías existentes en las instalaciones empresariales; por su parte, los servicios de seguridad harían referencia a

cuantas tareas tienen como fin evitar robos, daños o agresiones causados por fenómenos fortuitos, por terceros o por los propios huelguistas en el centro de trabajo, ya sea a los bienes ya a las personas presentes en él.

En efecto, la huelga debe perseguir causar perjuicios al empresario, pero éstos no deberían extenderse demasiado una vez haya concluido la misma; por tal razón, se considera legítimo que el titular de la unidad productiva quiera reanudar de manera lo más rápida posible el proceso productivo tras la situación conflictiva y, sin duda, la participación de representantes de los trabajadores en la consecución de dicho interés permitirá alcanzar el objetivo de manera más óptima, pues si ellos se convierten en garantes del mantenimiento y conservación de maquinaria, herramientas, materias primas, etcétera, resultará menos habitual la existencia de atentados por parte de los trabajadores contra las instalaciones.

En cuanto hace a la fijación de esos servicios necesarios, la misma debería hacerse de manera consensuada por representantes de los trabajadores y empresarios, pues, tomando en consideración los argumentos del Comité de Libertad Sindical en relación con los servicios mínimos vinculados a servicios esenciales, en su determinación "y del número de trabajadores que los garanticen deberían poder participar no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. En efecto, ello no sólo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales en el sentido de que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente y fijados unilateralmente" (OIT: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª ed. (revisada). Ginebra: OIT, 2006, párrafo 612).

De esta manera, la participación de representantes de los trabajadores alcanza el máximo grado pues se extenderá tanto al alcance de las concretas necesidades de mantenimiento, negociando las tareas y puestos de trabajo a cubrir, como los específicos trabajadores que han de desempeñarlos.

Además, constituirá una salvaguardia para evitar posibles abusos por la parte empresarial, en tanto en cuanto les permitirá controlar que la fijación de esos servicios necesarios para la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes se hace de manera proporcionada al objetivo a cumplir. Éste se sitúa no en minimizar los efectos de la huelga sino en evitar daños en las personas y las cosas, debiendo aplicar un criterio restrictivo tendente a implicar al menor número de trabajadores posibles y únicamente los imprescindibles para permitir las labores de mantenimiento ineludibles.

Además de poder participar en la designación de esos servicios de seguridad y mantenimiento, el comité de huelga, en numerosos ordenamientos, está obligado a actuar como garante de su cumplimiento, lo cual le fuerza a actuar en una doble dirección: por una parte, alentando a los trabajadores a su respeto, informándoles sobre la obligatoriedad de prestarlos y las posibles consecuencias que un incumplimiento pudiera causarles; de otra, evitando cualquier actuación destinada a fomentar su contravención o incitando a los empleados elegidos para su desempeño a no acudir a su puesto de trabajo, a salvo de que exista una manifiesta ilicitud, abuso o ausencia de consulta con el comité durante el procedimiento de elaboración.

Finalmente, cabe preguntarse si la obligatoriedad impuesta por algunas legislaciones de tener que crear un comité de huelga puede atentar contra el Convenio número 87 de la OIT, en tanto en cuanto podría contravenir lo dispuesto en el artículo 3.1 del texto internacional, al impedir a las organizaciones de trabajadores elegir

libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

Si bien el Comité de Libertad Sindical de la OIT no se ha pronunciado expresamente, salvo error u omisión involuntario, sobre el particular parece tolerar la existencia de dichos órganos pues en cuantos asuntos han estado implicados en los hechos comités de huelga no ha considerado su presencia como una práctica atentatoria contra la libertad sindical, más aún si en su conformación pueden participar los representantes sindicales afectados por el conflicto. No se trata, en sentido estricto, de una injerencia en la administración de la organización, sino de una limitación normal, conforme consta, al ejercicio del derecho de huelga con el fin de tutelar como conviene los intereses de los empresarios y no causarles un perjuicio mayor del que deben soportar como consecuencia de la convocatoria de la medida de presión.

## **XV. EL PREAVISO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El preaviso puede definirse como la comunicación entre las partes de una relación contractual con carácter previo a una determinada actuación.

En el plano laboral, el Estatuto de los Trabajadores 2015, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre contempla los siguientes casos de preaviso entre empresario y trabajador:

a) En el supuesto de rescisión del pacto de plena dedicación del trabajador en el contrato de trabajo mediando compensación económica, el trabajador para poder recuperar la libertad de trabajo en otro empleo, deberá realizar comunicación escrita al empresario con un preaviso de treinta días (artículo 21 ET).

b) Igualmente, los trabajadores deberán preavisar con quince días de antelación, o los que determine el convenio colectivo aplicable, a la fecha de incorporación a la jornada ordinaria, en los supuestos de disfrute de permiso por lactancia y reducción de jornada bien por cuidado directo de algún menor de 8 años o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe actividad remunerada, bien por cuidado directo de algún familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad remunerada, bien por necesidad acreditada de cuidado directo, continuo y permanente de menor por parte del progenitor, adoptante o acogedor, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración.

c) La comunicación de la dimisión del trabajador como forma de extinción del contrato de trabajo, debe hacerse de conformidad con lo establecido en los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

Del mismo modo, el empresario debe hacer constar su voluntad extintiva del contrato de trabajo mediante el correspondiente preaviso, que deberá acompañarse de la propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas. Ambos supuestos se encuentran recogidos en el artículo 49 del ET.

d) En las promociones de elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa, los promotores deben comunicar mediante un preaviso emitido al menos con un mes de antelación al inicio del proceso electoral, su propósito de celebrar elecciones. En esta comunicación, los promotores deberán identificar con precisión la empresa y el centro de trabajo de ésta en que se desea celebrar el proceso electoral y la fecha de inicio de éste (artículo 67 ET y Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre).

e) En el caso de declaración de huelga, los representantes de los trabajadores deberán comunicar al empresario/s afectado/s y a la autoridad laboral con cinco días de antelación (salvo empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos, en cuyo caso el plazo de preaviso es de 10 días) los objetivos de la huelga, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de inicio y composición del comité de huelga (artículos 3 y 4 RD Ley 17/1977, de 4 de marzo).

f) Finalmente, el disfrute de los permisos regulados en el artículo 37.3 ET debe ir precedido de preaviso del trabajador al empresario.

## **2. DECLARACIÓN Y NOTIFICACIÓN DE LA HUELGA**

Viene regulada en los Art. 3-4 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones del trabajo, en el que se establece, para la declaración de huelga lo siguiente:



- La exigencia de un acuerdo expreso en cada centro de trabajo (3.1 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo).
- Están facultados para acordar la declaración de huelga:
  1. Los trabajadores, a través de sus representantes. El acuerdo será adoptado, en reunión conjunta de dichos representantes, por decisión mayoritaria de los mismos. De la reunión, a la que habrán de asistir al menos el 75 por 100 de los representantes, se levantará acta, que deberán firmar los asistentes.
  2. Directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto, cuando el 25 por 100 de la plantilla decida se sometan a votación dicho acuerdo. La votación habrá de ser secreta y se decidirá por mayoría simple. El resultado de esta se hará constar en acta (apdo. 2, Art. 3 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo).
- La declaración de huelga habrá de ser comunicado al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral por los representantes de los trabajadores.
- La comunicación de huelga deberá hacerse por escrito y notificada con cinco días naturales de antelación, al menos, a su fecha de iniciación. Cuando el acuerdo de declaración de huelga lo adopten directamente los trabajadores mediante votación. El plazo de preaviso comenzará a contarse desde que los representantes de los trabajadores comuniquen al empresario la celebración de la misma. La comunicación de huelga habrá de contener los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de su inicio y composición del comité de huelga (3.3 ,Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo).

- No obstante el T.C ha dejado (en una sentencia interpretativa) sin vigor la mayor parte de los citados artículos por considerarlos anticonstitucionales (T.C 08.04.1981), a la vista de esto destacan entre otras:

1. El art. 3.1 al interpretar que la "exigencia de un acuerdo expreso en cada centro de trabajo" sólo sirve para limitar la huelga, a pesar de mantenerse para empresas con un sólo centro de trabajo (art. 3.1, STC).
2. El art. 3.2 ya que la necesaria presencia de un porcentaje determinado de trabajadores y que la iniciativa para la huelga tenga que ser apoyada por un 25 por 100 de los mismos. Es, para el T.C, conceder un privilegio a la mayoría contraria, a la huelga, o abstencionista.
3. Permite, el T.C, incumplir el preaviso marcado en el apdo. 3, Art. 3 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, cuando, lo imponga una notoria fuerza mayor o un estado de necesidad a probar por quienes no cumplan el plazo estipulado.

STS de 22-10-2002. Lo que se debatía en el recurso era la labor de aclarar si se había producido en el caso concreto lesión del derecho de libertad sindical y vulneración del derecho a la huelga, por el hecho de que el Servicio de Salud contestara al sindicato que no tenía por efectuado el preaviso de huelga, al no quedar delimitado ni definido el ámbito subjetivo de los trabajadores afectados por el conflicto, considerando de carácter abusivo e ilícito el paro en los días 9, 12 y 14 de determinado mes. Al respecto declara la sentencia que la conducta del organismo demandado no implica la vulneración del derecho de libertad sindical ni del de huelga, por las siguientes razones. 1.<sup>a</sup> Porque en la contestación de referencia el organismo hizo constar que no se tenía por efectuado el preaviso de huelga en las condiciones y con los efectos previstos en la legislación vigente, hasta tanto no fueran subsanados

determinadas irregularidades; esta manifestación no pasa de ser una simple opinión de la parte, no vinculante para el sindicato, dado que en ningún momento impide o limita que el propio sindicato pueda llevar a efecto la huelga, si entiende que el preaviso cumple todos los requisitos legales; 2.<sup>a</sup> La calificación hecha por el Servicio de Salud de que la huelga anunciada es de carácter abusivo o ilícito, tampoco impedía al sindicato llevar a cabo la huelga en la forma anunciada, afrontando en su caso el riesgo de tal calificación, pues no se aprecia coacción o amenaza, sino simplemente la consideración que hace la empleadora sobre el carácter de la huelga, y 3.<sup>a</sup> Asumir la tesis que mantiene el sindicato demandante y recurrente en casación, implicaría negar la facultad de toda empleadora de exponer consideraciones sobre la calificación del acuerdo de convocatoria de la huelga, tanto en el procedimiento o en el aspecto de forma como en el contenido de fondo.

STS de 27-12-1993. Las faltas de asistencia al trabajo tienen distinta índole para el empresario, según sean debidas a huelga (anunciada previamente), o producidas por cualquier otra causa (imprevisibles para el empresario); esta distinción es mucho más nítida y acusada si se atiende al derecho con que los trabajadores pueden justificar unas y otras faltas, pues mientras las ausencias por enfermedad, permisos, etc., siempre responden a un derecho cuya constitucionalidad y ejercicio tienen unidad subjetiva, el derecho de huelga, además de ser un derecho fundamental, tiene una especial estructura, que aun siendo de titularidad individual, se ejercita colectivamente. La distinta naturaleza de unas y otras ausencias tiene graves consecuencias al querer corregir los perjuicios que le causan al empresario las faltas al trabajo debidas a huelga, mediante estímulos económicos a los individuos que no la secunden, con ello queda prácticamente descoyuntado el derecho de huelga; no pueden entenderse comprendidas las debidas a huelga en los premios a la asiduidad o en los pluses de asistencia, cuando no se incluyen expresamente en lo convenido, al margen de que este tipo de pactos sean constitucionalmente viables. La AN dictó sentencia, confirmada por el TS, declarando que las ausencias al trabajo provocadas por la

participación en una huelga legal quedan justificadas y no impiden el cobro del plus de asistencia, salvo el tiempo coincidente con la huelga.

STS de 8-3-1996. Se reitera lo declarado por el TS en su sentencia de 27 de diciembre de 1993, aclarando que las ausencias al trabajo debidas a huelga, salvo que el incentivo acordado encubra una prima antihuelga (STC 189/1993 ), privan al trabajador de la proporción correspondiente a los premios de asistencia, no ya porque el ejercicio del derecho de huelga equivalga a un absentismo injustificado del trabajador en huelga, tesis totalmente rechazable, sino por la reciprocidad, legalmente consagrada entre prestaciones de trabajo y de salario. No se quebranta con esta tesis en mandato consistente en que el ejercicio del derecho de huelga no puede dar lugar a sanción alguna (art. 6 RDL 17/1977 ) ni que la huelga suspenda el contrato de trabajo y prive del derecho al salario.

## **XVI. LOS PIQUETES Y EL ESQUIROLAJE**

### **Piquetes de huelga**

Por piquetes se entiende trabajadores en huelga que efectúen publicidad de la misma, de forma pacífica, llevando a efecto recogida de fondos sin coacción de ningún tipo (apdo. 6, Art. 6 Real Decreto Legislativo), y debiendo, en todo caso, respetar la libertad de trabajar de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse al ejercicio de la huelga (apdo. 4, Art. 6 Real Decreto Legislativo).

El derecho a la difusión e información sobre la huelga se reconoce en el apdo. 2, Art. 28 Constitución Española.

Los trabajadores miembros de un piquete ilegal podrán ser objeto de sanción disciplinaria o despido procedente (STS de 23 de diciembre de 1.989).

Del mismo modo, la doctrina judicial laboral se ha pronunciado expresamente respecto de la responsabilidad disciplinaria de los integrantes de piquetes coactivos (STS de 18 de julio de 1986). En este sentido el alto Tribunal declara improcedente el despido efectuado sin imputar de forma individual a cada trabajador los hechos que justifiquen la sanción. No obstante, en la jurisprudencia civil, la doctrina sentada por el extinto Tribunal Central de Trabajo, en Sentencias de 17 de marzo de 1987 y 13 de mayo de 1983, y posteriormente asumida por la STSJ Madrid, de 17 marzo 1994, consideró, con indiferencia del grado de participación en los actos de un piquete coactivo, que la integración en el mismo por parte de un trabajador constituía causa de despido, aun sin demostrar la acción violenta individualizada.

En consecuencia, la calificación de la procedencia o improcedencia del despido de trabajadores huelguistas, así como, de existir, la imputación de las posibles responsabilidades indemnizatorias derivadas de actuaciones ilícitas, habrá de realizarse en función a su comportamiento singularizado y a las circunstancias concurrentes en cada caso. De esta forma, el hecho de que la huelga, que el piquete o trate de extender, sea legal o ilegal, no es relevante; lo jurídicamente relevante son los comportamientos mantenidos y los medios empleados por los trabajadores en su actividad huelguística.

Esquirolaje

El Comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa. Correspondiendo al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios (Art. 7 Real Decreto Legislativo).

El apdo. 5, Art. 6 Real Decreto Legislativo, establece que mientras dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa salvo caso de incumplimiento de las obligaciones, citadas anteriormente, de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad. A este respecto existe amplia interpretación judicial en relación con la prohibición de esquirolaje interno en caso de huelga (STS de 31 de marzo de 2000, STSJ Galicia de 23 de julio de 2001 y STSJ Extremadura de 30 noviembre 1998, entre otras).

Al amparo de esto, el apartado a), Art. 8 ,Ley 14/1994, de 1 de junio, sobre ETT, prohíbe a las empresas usuarias la celebración de contratos de puesta a disposición para la sustitución de trabajadores huelguistas (STSJ Navarra de 30 de abril de 2001- sustitución de huelguistas mediante la ampliación de la jornada de trabajadores contratados por ETT).

#### Esquirolaje interno

El denominado “esquirolaje interno” se define como la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros de propia empresa mediante medidas de movilidad interna.

A pesar de que el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, no limita de ninguna manera las facultades empresariales de movilidad funcional durante la huelga, la jurisprudencia (TS, Sala de lo Social, de 11/02/2015, Rec. 95/2014, TS, Sala de lo

Social, de 18/03/2016, Rec. 78/2015, entre muchas) prohíben esta práctica considerándola como una vulneración del derecho de huelga.

En la medida en que la prohibición del esquirolaje externo pretende proteger la eficacia del ejercicio legítimo del derecho fundamental de huelga de los trabajadores, es por ello que el precepto establece una excepción expresa a la prohibición del esquirolaje.

Esta prohibición legal tiene, así, una salvedad expresa en la norma: «salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo». Esto es, cuando se incumpla la obligación de garantizar durante la huelga «la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuera precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa».

De esta manera, el incumplimiento de la obligación de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad durante una huelga posibilita legalmente al empresario a contratar otros trabajadores.

Para que se de este incumplimiento que posibilita al empresario a contratar esquiroles, no es necesario que el sujeto obligado a garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad --el comité de huelga-- incumpla su obligación, bastando con que los trabajadores designados para cubrirlos incumplan sus obligaciones y sigan la orden de huelga.

En general, cuando la huelga sea ilegal por cualquier causa, el empresario no estará obligado por la prohibición legal de contratar esquiroles externos (STS de 23 de octubre de 1987, Ar/6908).

Para el caso de una huelga en servicios esenciales para la comunidad, el Art. 10.2 del RDLRT prevé, según vimos, que la autoridad gubernativa acuerde «las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios», consistentes estas medidas en la fijación de los denominados «servicios mínimos», servicios muy superiores a los anteriores «servicios de mantenimiento y seguridad» de una huelga ordinaria.

Y cuando los trabajadores designados para cubrir esos «servicios mínimos» incumplan su obligación de trabajar, con base en el Art. 51.1 de la Constitución («los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos») y en el propio Art. 10.2 del RDLRT («la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas»), podrá recurrirse lícitamente a la contratación de trabajadores ajenos a la empresa en su sustitución (STSJ de Galicia, de 23 de julio de 2001, Ar/1933) o, incluso, a la utilización de efectivos militares, pudiendo llegar, al límite, en el caso de declaración de «estado de alarma», a la movilización del personal laboral (Arts. 4 c) y 12.2 de la Ley 4/1981, de 1 de junio, sobre los estados de alarma, excepción y sitio).

La fórmula prohibitiva legal se refiere a la «sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la (huelga)», refiriéndose obviamente a una contratación laboral, indefinida o temporal de interinidad, bien realizada directamente por la empresa, bien indirectamente a través de empresas de trabajo temporal, como pone de relieve expresamente «a sensu contrario» el Art. 8 a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: «las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos: a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria».



Se ha rechazado la alegación empresarial de que los trabajadores temporales ya lo eran de la empresa en el momento de la huelga, al constatarse que tales contrataciones se realizaron una vez efectuada la convocatoria por parte del comité de empresa (STSJ de Cataluña, de 16 de marzo de 2011, AS/1740).

Desde luego, no podría contratarse definitivamente trabajadores para sustituir a los huelguistas, ya que ello equivaldría a un despido nulo de los trabajadores huelguistas sustituidos (Art. 55.5 del ET).

La dicción literal utilizada por el Art. 6.5 del RDLRT plantea ciertamente dudas acerca de si la prohibición alcanza o no a los eventuales contratos de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra de trabajadores autónomos o a las contrataciones de obras o servicios con empresas contratistas realizados durante la huelga o a la utilización durante la misma de trabajadores excluidos de la legislación laboral por el Art. 1.3 d) y e) del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995 (en adelante, ET), esto es, de trabajadores familiares o benévolo.

Si bien, en una interpretación literal, el precepto legal se refiere a los «trabajadores dependientes y por cuenta ajena» --y no a contratistas, a trabajadores autónomos o a trabajadores familiares o benévolo excluidos de laboralidad--, el problema seguramente debe enfocarse a la luz de una interpretación finalista de la norma y, en este sentido, hay que reconocer que el recurso a la contrata (con un trabajador autónomo o con una empresa contratista) o al trabajo familiar o benévolo atenta del mismo modo que la contratación laboral (directa o indirecta) a la finalidad pretendida por el precepto, que no es otra que garantizar la eficacia del derecho de huelga, impidiendo que a través de estas actuaciones empresariales se vacíe de contenido el derecho de huelga.

Cabe señalar que los Tribunales Superiores de Justicia, a falta de una jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo, se decantan preferentemente a favor de una interpretación extensiva del precepto legal.

En este último sentido, la STSJ de Andalucía, de 29 de septiembre de 1993 (Ar/784) entendió que el Art. 6.5 del RDLRT solo impide la contratación laboral directa de trabajadores, por lo que no consideró ilegal el arrendamiento de vallas publicitarias a otra empresa de la competencia a cambio de una renta para atenuar los perjuicios de una huelga; la STS (Sala III) de 18 de septiembre de 1997 (Rec. 12087/1991) entendió que no constituía infracción laboral muy grave del Art. 8.10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones en el orden social (en adelante, LISOS) la asunción de tareas por el propio empresario, por otros socios de la empresa o por personas de su entorno familiar; la STS de 15 de abril de 2005, Rec. 133/2004, entendió lícito el recurso por parte de una cadena de televisión en huelga a terceras empresas para la emisión de los informativos; o las SS.TS de 4 de julio de 2000, Ar/6289 o de 15 de abril de 2005, Rec. 133/2004, entendieron lícito acudir al trabajo amistoso o benevolente.

En sentido contrario, se han inclinado por incluir dentro del «esquirolaje externo» del Art. 6.5 del RDLRT a las contrataciones de obras y servicios efectuadas durante una huelga la STSJ de Baleares, de 12 de diciembre de 1996 (Ar/4062), referida a una huelga de pilotos, durante la que la Compañía Aérea subcontrató con otras Compañías vuelos chárter para atender los compromisos con todos los pasajeros; la STSJ de Navarra, de 28 de abril de 1995, Ar/1351, referida al desvío de pedidos de clientes de una empresa en huelga a otras empresas del mismo grupo; la STSJ de Galicia, de 27 de septiembre de 2003 (Ar/4156), referida a una contrata de limpieza realizada por una empresa en huelga, siendo así que antes de la huelga la limpieza en la empresa era realizada por los propios trabajadores; la SAN de 21 de noviembre de 2011 (ROJ. 5191/2011), referida a una empresa que contrató un servicio de autobuses durante una huelga ferroviaria de un solo día, por no acreditar la empresa que el servicio de

autobuses se utilizara normalmente, ni concurriendo tampoco causa justificativa en el Reglamento Ferroviario.

Así, «la sustitución de los trabajadores en huelga (en el caso de una contrata) resulta indiscutible, y dicha sustitución no cuenta con amparo legal adecuado, porque ateniéndonos a las tareas que venían realizando los trabajadores sustituidos, es evidente que se vació el contenido del derecho de huelga», manifestará rotunda y claramente la STSJ de Navarra, de 28 de abril de 1995, Ar/1351.

El hecho de que la empresa contratista pertenezca al mismo grupo de la empresa contratante resulta jurídicamente irrelevante a los efectos que aquí consideramos. En efecto, la antes citada STSJ de Navarra, de 28 de abril de 1995, Ar/1351, se refiere precisamente a un supuesto de contrata realizada con una empresa del mismo grupo.

Pero, incluso, aunque se entendiera que los trabajadores de todas las empresas del grupo forman una plantilla única, permitiendo la utilización indistinta de los mismos entre ellas, no por ello la empresa en huelga conseguiría una mayor libertad de actuación, por cuanto, según doctrina científica y jurisprudencial consolidada, la prohibición de esquirolaje del Art. 6.5 del RDLRT abarca también el denominado «esquirolaje interno», esto es, las sustituciones de los huelguistas por trabajadores, tanto de distintos centros de trabajo (por todas, SS.TS de 24 de octubre o de 13 de diciembre de 1989, Ar/7422 y 8961), como del mismo centro de trabajo (por todas, STC/123/1992, de 28 de septiembre o STS 8 de mayo de 1995, Ar/3752), interpretándose que «la preeminencia de este derecho (de huelga) produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo de anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa, latente, otros derechos que en situación de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial» y que esto sucede con «la potestad directiva del empresario,

regulada en el Art. 20 del ET, de la cual son emanación las facultades que le permiten la movilidad del personal» (STC 123/1992, de 28 septiembre).

La doctrina judicial (STSJ de Andalucía, de 29 de febrero de 2000, RJCA 915) ha señalado que es lícita la contratación eventual durante la huelga para cubrir la mayor ocupación cíclica, en la medida en que responde a una necesidad real, objetiva e irrefutable conocida con anterioridad a la huelga y prevista con antelación, siendo jurídicamente viable porque no tiene relación o vínculo alguno con la huelga y no persigue paliar sus efectos.

La jurisprudencia ha señalado que no vulnera el derecho de huelga la minoración de sus efectos por medios técnicos, como sería el caso de la transmisión automática de eventos deportivos o de programación televisiva pregrabada, aunque diferenciada de la habitual, sin sustituir a los trabajadores en huelga (SS.TS de 27 de septiembre de 1999, Ar/7304, de 4 de julio de 2000, Ar/6289, de 15 de abril de 2005, Ar/4513 o de 11 de junio de 2012, Ar/6841; STSJ de Extremadura, de 15 de julio de 2004, Ar/424; STSJ de Madrid de 23 de julio de 2012, JUR/2012/285830), argumentándose que «sobre la empresa no recae la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos» y que «no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga».

Por el contrario sí se ha entendido que constituye un atentado contra el derecho de huelga esa misma conducta cuando los medios técnicos u organizativos no eran los habituales para mantener la programación o cuando se emitían programas pregrabados con la finalidad de provocar «una apariencia de normalidad del servicio» (STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2011, Ar/1050).

Tampoco se considera vulnerada la prohibición del esquirolaje externo en el caso de la contratación de trabajadores «para actividades ajenas al círculo operativo habitual de la empresa» (STSJ del País Vasco, de 14 de septiembre de 2004, Rec. 1171/2004).

La prohibición legal del esquirolaje no impide, según la jurisprudencia, que las empresas que tengan suscrita una contrata o subcontrata con una empresa contratista en huelga puedan utilizar los servicios de otra. La doctrina jurisprudencial sentada es así la siguiente:

- «Los sujetos directamente concernidos en el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aquellos se encuentran vinculados por el contrato de trabajo, pero los clientes o público en general que goza o se sirve de las prestaciones realizadas por la empresa, están completamente desvinculados del derecho de huelga, por ello tienen absoluta libertad para buscar los servicios o prestaciones que la empresa en huelga les suministraba en otras empresas o por los medios que tengan por conveniente» (STS de 11 de mayo de 2001, Ar/5205).

- «El derecho fundamental de huelga no incluye en su contenido el poder exigir de un tercero ajeno a la relación laboral entre empresa y trabajadores huelguistas que sufra también una reducción en su proceso productivo o en los servicios que presta.... Los trabajadores que se encuentren en huelga no pueden imponer a la empresa principal que deje desatendidos (aquellos servicios) cuya asistencia no pueda dispensarse dentro de los límites impuestos como servicios mínimos de huelga. Ni la ley ofrece base para tal exigencia ni vemos que ello pudiera ser posible, en tanto en cuanto esa extensión del derecho de huelga frente a terceros alcanzaría no solo al empresario de los titulares del derecho de huelga sino también a otros sujetos distintos» (STSJ del País Vasco, de 4 de julio de 2000, Ar/2989).

En efecto, la huelga producida en el seno de una empresa contratista o subcontratista constituye un hecho jurídico por completo ajeno a la empresa principal, con independencia de que realicen o no su trabajo en centros de trabajo de esta última. De manera que, si durante la huelga del personal de una empresa contratista o subcontratista, a resultas de la ocupación de los locales de la empresa principal por parte de los huelguistas se derivaran perjuicios para ésta, en la medida en que corresponde a la empresa contratista la obligación de ordenar el desalojo, no había duda de que la empresa principal, además de rescindir en su caso la contrata, podría exigir a la empresa contratista una indemnización de daños y perjuicios.

No obstante lo señalado, existe doctrina judicial que, en sentido contrario, ha rechazado con contundencia tanto que el servicio que prestaba la contratista sea asumido por la empresa principal, como que sea contratado con una nueva empresa. El carácter fundamental del derecho de huelga y la exigencia al empresario principal de una conducta consecuente con su libre decisión de externalizar, son los argumentos básicos utilizados para alcanzar tal conclusión, que excluye una decisión empresarial de reversión temporal del servicio externalizado (STSJ del País Vasco, de 26 de octubre de 2010, Ar/2520).

Por otra parte, y en el mismo sentido, de tratarse de una contrata de servicios que cubriera los servicios mínimos exigibles a una empresa principal que realiza servicios esenciales para la comunidad en caso de huelga de su propio personal, la responsabilidad de garantizar los servicios mínimos durante la huelga del personal de las empresas contratista o subcontratista pertenece a la empresa principal y no a estas últimas.

Por lo demás, la prohibición legal de sustitución solamente alcanza a las medidas adoptadas con posterioridad a la declaración de la huelga: «en tanto dure la huelga» o «que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma», señala el Art. 6.5 del RDLRT.

## **XVII. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DEL ESQUIROLAJE**

El Art. 6.5 del RDLRT prohíbe el esquirolaje externo pero no sanciona expresamente su incumplimiento por parte del empresario.

Ello no obstante, la sustitución ilegal por el empresario de los trabajadores huelguistas constituye una infracción administrativa muy grave, sancionable con multas, previo el correspondiente expediente administrativo sancionatorio.

Así, dirá el Art. 8.10 de la LISOS: «Son infracciones muy graves: 10: Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento». Y el Art. 19.3 que «son infracciones muy graves: a) Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal».

De otra parte, los Arts. 12 a 15 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS), prevén un mecanismo específico de tutela de la libertad sindical y del derecho fundamental de huelga frente a aquellas conductas que atenten contra ellos, a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, de protección de los derechos fundamentales (desarrollado procesalmente por los Arts. 177 a 184 de la LJS), pudiendo calificarse al esquirolaje externo de conducta antisindical o, en todo caso, de atentado al derecho fundamental de huelga.

Así, cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados sus derechos de libertad sindical y/o de huelga, podrá acceder a la jurisdicción laboral que, de entender violado tales derechos, «declarará el cese inmediato del comportamiento,...así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas» (Arts. 15 de la LOLS y 182 de la LJS; SS.TS de 23 y 24 de octubre de 1989, Ar/7533 y 7422 o de 8 de mayo de 1995, Ar/3752; STSJ de Navarra, de 8 de junio de 2005, Rec. 159/2005).

En todo caso, estará también abierta la vía penal, en la medida en que el Art. 315.1 y 2 del Código Penal ha tipificado como delito la conducta consistente en impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga, «mediante engaño o abuso de situación de necesidad», sancionando a los infractores con pena de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, imponiéndose las penas superiores en grado si las conductas se llevaran a cabo con fuerza, violencia o intimidación.

El esquirolaje externo en el caso de huelgas ilegales. Ante el silencio de la Ley, cabe preguntarse si, en el caso de que la huelga fuera ilegal por cualquier otra razón (por la causa alegada o por el procedimiento seguido, a la luz de las exigencias del RDLRT), el empresario podría igualmente contratar lícitamente sustitutos para los huelguistas.



Cabrían, en este sentido, dos interpretaciones enfrentadas:

a) Desde una perspectiva teleológica, partiendo de que la Ley tan solo pretende garantizar la eficacia de una huelga legal, la empresa podría contratar trabajadores externos a la empresa al tiempo de declararse la huelga en todos los supuestos de huelga ilegal. Así lo ha interpretado la STS de 23 de octubre de 1987 (Ar/6908).

b) Desde una perspectiva literal y sistemática cabría, por el contrario, interpretar que solamente es lícita la sustitución de trabajadores en el caso previsto expresamente por la Ley y que, en los restantes supuestos de huelga ilegal, la única respuesta defensiva para el empresario sería el cierre patronal, cuando procediera legalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 12 del RDLRT (existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas; ocupación ilegal de centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca; volumen de inasistencia o irregularidades en el trabajo que impidan gravemente el proceso normal de producción).

En todo caso, de seguirse la primera interpretación, el problema que se plantea en la práctica es el de saber cuándo se está en presencia de una huelga ilegal, lo que no resulta en absoluto fácil dada la abstracción con que las causas y procedimientos de una huelga legal vienen regulados en el RDLRT, siendo además, en último término, los Tribunales los que tienen la última palabra en cuanto a la calificación de la legalidad de una huelga.

Así, para calificar una contratación de trabajadores sustitutos de ilegal, habrá que esperar a la difícil calificación judicial que de los hechos se haga «a posteriori» de la actuación empresarial, lo que implicará siempre un riesgo para el empresario que decida sustituir a los trabajadores huelguistas.

El esquirolaje interno: los intereses en juego y los límites al poder de dirección empresarial en la utilización de los trabajadores no huelguistas durante la huelga. Puede suceder con frecuencia que el empresario, ante la dificultad o imposibilidad de sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores externos a la empresa, recurra a los trabajadores no huelguistas para cubrir las necesidades generadas por la ausencia de los huelguistas.

El principal problema que plantea esta situación es el de hasta qué punto es lícita en una huelga legal --ya que en una huelga ilegal el empresario podría defenderse de la misma con todos los medios admisibles en derecho sin mayores problemas--, la utilización de los trabajadores de la empresa no huelguistas, adscribiéndolos a distintas funciones, exigiéndoles un mayor rendimiento, aumentándoles la jornada laboral, modificándoles el horario de trabajo, cambiándoles de centro de trabajo o, incluso, desplazándoles a otra localidad que implique un cambio en la residencia habitual del trabajador. Un comportamiento empresarial del género ¿vaciaría de contenido el derecho de huelga conculcando su contenido esencial, como sucede con el esquirolaje externo? O, planteado de otra manera, ¿mantiene el empresario durante una huelga legal su poder de dirección y organización en relación con los trabajadores no huelguistas?

El conflicto se presenta así entre el interés de los trabajadores huelguistas a que la huelga sea eficaz --y no hay duda de que una tal actuación empresarial atenta contra la propia lógica de la huelga consistente en la producción de un daño con la finalidad de presionar para la satisfacción de los propios intereses--, el interés del empresario a defenderse de la huelga con los medios no prohibidos por la ley en orden a una reorganización productiva y el interés de los trabajadores no huelguistas a que se respete su libertad de trabajo ya que, en nuestro ordenamiento, según el Tribunal Constitucional, la huelga no es un deber sino un derecho («existe abuso en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguista de los trabajadores no huelguistas»: Fundamento jurídico nº 10 de la STC de 8 de abril de 1981) y esta libertad de trabajo resultaría atacada si, por la imposibilidad empresarial de

modificar las condiciones de trabajo como solución menor, hubiera que llegar al cierre patronal de la empresa o centro de trabajo afectado, con la consiguiente suspensión de los contratos de trabajo y pérdida del salario de los trabajadores no huelguistas «ex Art. 12.2 del RDLRT».

La posición jurisprudencial acerca del esquirolaje interno. Un sector de la doctrina judicial (STCT de 13 de diciembre de 1988, Ar/613 o STSJ de Madrid, de 20 de julio de 1991), argumentando que «lo que no está prohibido está permitido» y que «si la ley hubiera querido prohibirlo lo habría hecho» --y, ciertamente, lo único expresamente prohibido por la ley (Art. 6.5 del RDLRT) es el esquirolaje externo--, ha admitido la sustitución de los huelguistas por no huelguistas para «desempeñar trabajos de inferior categoría que la suya propia».

Por el contrario, otro sector jurisprudencial (STS de 23 y 24 de octubre de 1989, Ar/7533 y 7422) se ha manifestado a favor de una interpretación extensiva de la prohibición de esquirolaje externo del Art. 6.5 del RDLRT a los supuestos de esquirolaje interno de los trabajadores no huelguistas, argumentando que cuando la ley ha querido establecer un mecanismo de defensa empresarial frente a una huelga legal lo ha hecho expresamente, debiendo entenderse en sentido contrario que los mecanismos no reconocidos expresamente por la ley atentan contra el contenido esencial del derecho de huelga. Así ha sucedido con la garantía de servicios mínimos en la huelga en servicios esenciales para la comunidad (Art. 10 del RDLRT) o con la garantía de los servicios de mantenimiento y seguridad en las huelgas ordinarias (Art. 6.7 del RDLRT).

En este último sentido, dirá la STSJ de Galicia, de 14 de julio de 1992, Ar/3863, que «la posibilidad de sustitución (de trabajadores huelguistas por parte de trabajadores vinculados a la empresa desde antes de la huelga) no puede ser entendida en términos

tan omnicomprendivos que atenten al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, pues la libertad de trabajar de los que no se sumaron a la huelga así como las facultades de dirección y control de empresario para organizar y planificar el trabajo con la mano de obra a su disposición no les autoriza a excluir con ello el típico efecto limitador de la huelga en la esfera de la libertad del empresario, vaciando el contenido de este derecho fundamental... Una interpretación del (Art. 6.5 del RDLRT) en el sentido más favorable a la eficacia del derecho fundamental, como ordena el Art. 5.1 de la LOPJ, obliga a entender que la prohibición de sustitución se refiere no solo a trabajadores extraños a la empresa sino también a los que perteneciendo a su plantilla no desempeñen habitualmente las tareas propias de los huelguistas».

La doctrina del Tribunal Constitucional acerca del esquirolaje interno. La STC 123/1992, de 28 de septiembre, ha interpretado que «la preeminencia de este derecho (de huelga) produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo de anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa, latente, otros derechos que en situación de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial» y que esto sucede «con la potestad directiva del empresario, regulada en el Art. 20 ET, de la cual son emanación las facultades que le permiten la movilidad del personal».

Así pues, la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas de la empresa constituiría un «ejercicio abusivo de un derecho» cuando la misma fuese realizada, «no como medida objetiva necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo, atentando en tal sentido al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga».

Ahora bien, esto no quiere decir que el empresario no pueda hacer uso de su poder de dirección respecto de los trabajadores no huelguistas; lo único que se prohíbe es su ejercicio «como instrumento para privar de efectividad la huelga». Así, por ejemplo, podrían ejercerse los poderes directivos empresariales (por ejemplo, de movilidad funcional o geográfica) en los casos en que éstos fuesen la única alternativa al ejercicio del derecho de cierre patronal.

En el mismo sentido se ha pronunciado más recientemente el Tribunal Constitucional en Sentencia 33/2011, de 28 de marzo (con cita de la STC 18/2007, de 12 de febrero) en la que, con rotundidad, concluye que «la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial». En el marco de una huelga legítima tal poder directivo «no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones».

Adicionalmente el TC da cuenta de dos excepciones admitidas a la anterior afirmación:

a) el incumplimiento de los servicios mínimos por parte de los trabajadores designados para su cobertura.

b) la no atención de los servicios de seguridad y mantenimiento, igualmente, por los trabajadores designados para su atención.

La jurisprudencia ordinaria posterior a la STC 123/1992. La jurisprudencia ordinaria, posterior a la STC 123/1992, ha discurrido por este mismo camino. Así:

- La STSJ de Andalucía/Sevilla, de 16 de diciembre de 1992 (Ar/2809), referida a la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la propia Compañía Naviera procedentes de otros buques no afectados por la huelga.

- La STS de 8 de mayo de 1995 (Ar/3752), referida a la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa de categoría análoga o superior por parte de RENFE.

- La STSJ de Andalucía/Sevilla, de 24 de febrero de 1999 (Ar/871), referida a la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa de áreas diferentes por parte de RENFE.

- La STSJ de Cataluña, de 10 de marzo de 1999 (Ar/1471), referida a la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa desplazados de otros centros de la empresa.

- La STSJ de Baleares, de 8 de abril de 1999 (Ar/1525), referida igualmente a la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa desplazados de otros centros de la empresa y a la atención de pedidos para los clientes desde otro centro de trabajo no afectado por la huelga.

- La STSJ de Andalucía, de 4 de mayo de 1999 (Ar/2687), referida a la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa de áreas diferentes y de superior categoría por parte de RENFE.

- La STSJ de Cataluña, de 19 de septiembre de 2002 (Ar/3011) sobre sustitución de huelguistas mediante cambios de turno.

- La STSJ de Cataluña, de 31 de marzo de 2004 (Ar/2643), referida a la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa de distinta categoría profesional.

- La STSJ de Madrid, de 27 de abril de 2004 (Ar/2422) --anulada por STC 33/2011--, referida a la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de áreas diferentes de la empresa.

- La STS de 9 de junio de 2006 (Ar/155), referida a la sustitución de trabajadores huelguistas con trabajadores pertenecientes a los puestos de dirección de la empresa.

- La STS de 27 de mayo de 2008 (Ar/4365), referida la sustitución de los trabajadores huelguistas por marineros de otra tripulación vinculada a la empresa naviera mediante contratos anteriores al conflicto, pero de otros buques.

- La STSJ de Andalucía, de 6 de abril de 2010 (JUR/2010/219248), relativa a la prolongación de jornada y realización de funciones de limpieza por trabajadores con categoría de jefes de equipo de contrata ferroviaria.

- La STSJ de Aragón, de 6 de octubre de 2010 (AS/2010/2353), que trata sobre la sustitución interna de trabajadores huelguistas que realizaban funciones prácticamente idénticas a las de los sustitutos, adscritos al mismo centro y unidad.

- La STSJ de Galicia, de 17 de diciembre de 2010 (Ar/158) que resuelve un supuesto en el que la empresa crea un turno nocturno inexistente antes de la huelga, adscribiendo al mismo a varios trabajadores.

- La STSJ de Castilla y León/Burgos, de 17 de febrero de 2011 (AS/102) sobre sustitución de trabajadores huelguistas por otros de categoría similar procedentes de otro centro de trabajo de RENFE.

- La STSJ de la Comunidad Valenciana, de 5 de mayo de 2011 (JUR/2001/281445) que condena la sustitución de un maquinista de RENFE por otro que el día de la huelga no estaba llamado a trabajo.

- La STS de 8 de junio de 2011 (Ar/5331) en la que se toma el hecho de que la huelga no pueda ser calificada de ilegal o abusiva como elemento clave para decidir sobre la licitud de la inclusión de nuevos maquinistas en los cuadrantes del AVE. Se rechaza la justificación ofrecida por la empresa en el hecho de que tal inclusión estuviera amparada por un acuerdo colectivo, sobre la base de que, a pesar de ese acuerdo, la primera vez que se incluye a esos trabajadores en los gráficos de los trenes coincide, precisamente, con las fechas de la huelga.

- La STSJ de Cataluña, de 28 de septiembre de 2011 (Ar/2869) relativa a sustitución en una cadena de montaje por trabajadores de categorías similares del mismo centro, pero destinados en otras partes del proceso productivo.

- La STSJ de Canarias, de 23 de febrero de 2012 (JUR/2012/323519) referida a sustitución por trabajadores de superior categoría y modificación del sistema productivo.

Por el contrario, no se han considerado lesivos del derecho de huelga los comportamientos empresariales consistentes en reorganizar los tres turnos existentes en la empresa en uno solo con los trabajadores no huelguistas (STSJ de Andalucía/Sevilla, de 6 de octubre de 2004, Rec. 3227/2004), alargar la jornada laboral de un trabajador no huelguista durante un solo día (STSJ del País Vasco, de 14 de septiembre de 2004, Rec. 1171/2004), dar instrucciones para solucionar una incidencia generada por la falta de actividad de los huelguistas (STSJ del País Vasco, de 5 de julio de 2011, Ar/2012/1158), intensificar la actividad días después de la huelga (STSJ de Castilla la Mancha, de 5 de julio de 2011, Ar/1968 y STSJ de Aragón, de 20 de octubre de 2012, JUR/2012/81960), la realización de labor puntual de asistencia al maquinista en una parada de un tren, por razones de seguridad (STSJ de Galicia, de 19 de enero de 2012, Ar/96), el reforzamiento del servicio de manera espontánea por un coordinador que, en situaciones de punta de trabajo, también realizaba ese refuerzo (STSJ de Madrid, de 23 de enero de 2012, Ar/492) o la mayor presencia de inspectores a efectos de controlar el cumplimiento de los servicios mínimos y el seguimiento de la huelga (STSJ de Aragón, de 22 de febrero de 2012, JUR/2012/82167).

Las medidas de sustitución interna voluntariamente aceptadas por los trabajadores. Naturalmente, las medidas de «sustitución interna» de los trabajadores, si son contrarias al derecho de huelga, lo son con independencia de su voluntaria aceptación por los trabajadores no huelguistas (por todas, STS de 8 de mayo de 1995, Ar/3752; en contra, la STSJ de Madrid, de 27 de abril de 2004, Ar/2422).



Las sanciones por incumplimiento empresarial de la prohibición del esquirolaje interno. El incumplimiento empresarial de la prohibición del esquirolaje interno podrá ser perseguido judicialmente a través del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales de los Arts. 177 y ss. de la LJS, con derecho a indemnización de daños y perjuicios a favor de los trabajadores huelguistas (STSJ de Madrid, de 16 de noviembre de 1992, Ar/5709).

Más dudosamente podrá ser sancionado administrativamente como infracción administrativa muy grave, dado el tenor literal del Art. 8.10 de la LISOS, referido exclusivamente al esquirolaje externo, a la luz del principio de tipicidad de las infracciones y sanciones administrativas laborales.

## **XVIII. LOS SERVICIOS ESENCIALES DURANTE LA HUELGA**

El Art. 28 Constitución Española establece el carácter fundamental del derecho de huelga, pero no lo define como tampoco lo hace el RD Ley de 4 de marzo de 1977. De ahí que el TC en sentencia de 8 de abril de 1981, mediante una definición amplia, configura la huelga como una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso, consistiendo el contenido esencial del derecho de huelga en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Partiendo de estas premisas la Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011 (R. 72/2010) afirma que el paro convocado, que supuso una alteración colectiva de trabajo como medida de presión

o protesta, bien puede ser calificado de huelga. Ahora bien, el ejercicio del derecho de huelga tiene que respetar el resto de derechos y bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, siendo necesario preservar otros bienes que puedan resultar afectados, en especial los servicios esenciales para la comunidad –entre los cuales figura el transporte ferroviario-. Esto exige a los convocantes una comunicación al empresario (3.3 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo) a fin de que esté advertido, pueda llegar a un acuerdo que evite en la huelga ya convocada y organizar servicios mínimos, y a la autoridad laboral, para asegurar la publicidad de la huelga y garantizar los intereses públicos afectados, máxime en empresas de servicios públicos. Dado que en el supuesto analizado no se cumplió con el requisito de comunicación preavisada al empresario se declara la ilegalidad de la huelga.

#### Fijación y puesta en práctica de los servicios esenciales

La fijación y puesta en práctica de los servicios esenciales la llevará a cabo la autoridad gubernativa o la Comunidad Autónoma, que tuviera transferidas estas competencias, a través de un Decreto. Sin poder, en ningún caso, fijarse servicios mínimos excesivos o abusivos.

La designación de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos, durante la huelga, la realizará la dirección de la empresa afectada (apdo. 7, Art. 6 ,Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo). Pudiendo recaer el cumplimiento de los citados servicios en trabajadores huelguistas o miembros activos del sindicato, siempre y cuando la decisión empresarial no fuese arbitraria.

El incumplimiento de estas funciones acarrearía para el trabajador causa justa de despido (STC 123/1990, de 2 de julio).

La empresa, podría, viendo peligrar la realización de los servicios mínimos establecidos legalmente recurrir a la contratación de trabajadores ajenos para sustituir a los designados para dichas funciones (apdo. 5, Art. 6 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo).

El procedimiento tipo de fijación y puesta en prácticas de los servicios esenciales, obligatoriamente respetados por la huelga, debe seguir las siguientes fases:

1. La autoridad gubernativa o la Comunidad Autónoma, determina (a través de Decreto) de modo genérico los servicios mínimos que la huelga debe respetar. Un ejemplo de este caso lo encontramos en el RD 2393/1996, de 22 de noviembre, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en radiotelevisión española y más recientemente en el RD 402/2003, de 4 de abril, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión, bajo competencia del Estado.
2. El propio Decreto de servicios mínimos encomienda (al Gobierno, a los Delegados del mismo o a las autoridades autonómicas o municipales según proceda) la explicación mediante resolución motivada de los servicios establecidos (esta resolución podrá ir precedida de negociaciones entre empresarios y miembros del comité de huelga a pesar de que no vincularán de ningún modo a la autoridad gubernativa).
3. La designación de los trabajadores que han de mantener los servicios mínimos corresponde al empresario afectado, que podrá (siempre que tal decisión se encuentre justificada (STC 123/1990, de 2 de julio)) nombrar incluso a trabajadores huelguistas o miembros activos del sindicato declarante de la huelga.

Para el TS, existen tres puntos principales para resolver si la designación supone una vulneración de Derechos Fundamentales y Libertad Sindical.

- La designación de los Servicios de Seguridad y Mantenimiento por la empresa. La Sala recuerda que cuando el comité de huelga niega su colaboración para adoptar las medidas de seguridad y mantenimiento, puede el empresario proceder a la designación de los trabajadores que hayan de desempeñarlas, siempre que estén objetivamente justificadas (en el supuesto analizado la empresa no actuó unilateralmente y con la intención de no reconocer el derecho de participación del comité de huelga en la designación de los servicios, sino que se vio obligada a actuar así, tras la falta de negociación por falta del comité).
- Determinación de si la designación los servicios de seguridad y mantenimiento esta o no justificada objetivamente. En este apartado debemos contemplar tres supuestos:
  1. "El derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección".
  2. A tal efecto han de tenerse en cuenta "las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, así como las necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales".

3. Por esa razón "la clase y número de trabajos que hayan de realizarse para cubrir esa exigencia y, en definitiva, el tipo de garantías que hayan de disponerse con ese fin, no pueden ser determinados de manera apriorística, sino tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la huelga, de la duración y demás características de esa medida de presión y, en fin, de las restantes circunstancias que concurran en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de huelga y aquellos otros bienes (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.), sin olvidar la oferta de preservación o mantenimiento de servicios que realicen los sujetos convocantes o trabajadores afectados; y sin que ello exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal".

- La necesidad de los Servicios designados. El Tribunal considera que los designados fueron exclusivamente servicios de seguridad, de manera que no se pretendió que se efectuaran servicios de mantenimiento en dicha Unidad, ni en ninguna otra. Los servicios quedaron limitados a las áreas de Electrificación y Señalización, siendo así que la competencia de dicha Unidad abarca otras muchas áreas. Y los trabajadores designados tampoco llevaron a cabo ningún servicio de obras, en las áreas de Electrificación y Señalización. Fueron llamados al trabajo con la exclusiva finalidad de atender las posibles averías que afectaran a la seguridad del tráfico ferroviario.

En definitiva, para el Tribunal, la huelga no es un derecho absoluto, sino que puede y debe experimentar limitaciones para proteger la seguridad de las personas y de las cosas. Y en ese límite imprescindible se desenvolvió la decisión patronal que solo impidió el legítimo ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores designados, no al resto, y por causas plena y objetivamente justificadas. De modo que la huelga ni se hizo impracticable, ni se obstruyó más de lo razonable.

## Estados de alarma, excepción y sitio

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio establece que la Autoridad Gubernativa podrá prohibir las huelgas y la adopción de medidas de conflicto colectivo, cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión de los artículos 28.2 (derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses), y 37.2 (derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo), de la Constitución. Asimismo, dicha Ley autoriza al Gobierno (apdo. 2, Art. 116 Constitución Española) a declarar el Estado de Alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad o cuando no se garantice lo dispuesto en los citados artículos 28.2 y apdo. 2, Art. 37 Constitución Española. En los referidos supuestos anteriores el Gobierno podrá intervenir la empresa o servicio y movilizar a su personal de acuerdo de acuerdo con la normativa vigente sobre movilización (Ley 50/1969, define la Movilización Nacional como el conjunto de medidas para la adaptación de todos los recursos nacionales a las necesidades de la Defensa Nacional o exigidas por situaciones excepcionales).

## Vigilancia y prevención de incendios

El Tribunal Supremo ha estudiado la situación de este colectivo donde el acuerdo gubernativo regulador establece los "servicios mínimos". El Tribunal ha ratificado la decisión de la empresa de asignar servicios a un muy elevado porcentaje de trabajadores de vigilancia y prevención de incendios, porcentaje coincidente con el indicado en el acuerdo gubernativo de "servicios mínimos" para el mantenimiento de servicios esenciales de la comunidad durante la Semana Santa y la Pascua, no vulnera el derecho de huelga, valoradas las circunstancias del caso, y teniendo en cuenta que el

referido acuerdo gubernativo, al no haber sido impugnado, ampara la decisión empresarial objeto de la reclamación.

### **XIX. LIMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA**

El límite principal al derecho de huelga viene impuesto por la propia Constitución: la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (artículo 28.2 CE). La esencialidad es característica que ha de concluirse, no en atención a la titularidad pública o privada del servicio, sino a través del carácter del bien satisfecho; y no en atención a la actividad desempeñada, sino en atención a los resultados producidos, con lo que, no existe ningún tipo de actividad productiva que, per se pueda ser considerada como esencial. A título de ejemplo, se han considerado esenciales el transporte aéreo, los transportes ferroviario y urbano e interurbano, los servicios sanitarios, hospitalarios y asistenciales, los de suministro de electricidad, abastecimiento y saneamiento de agua y recogida y tratamiento de residuos sólidos, los de enseñanza, la radiodifusión y la televisión, las llamadas a servicios de emergencia, o la seguridad privada.

Una vez determinado el carácter esencial del servicio, a él se aplican unos servicios mínimos que son en principio fijados por la autoridad gubernativa pero que son susceptibles de delegación, lo cual plantea importantes problemas y dudas de constitucionalidad.

STS de 30-1-1997. La empresa había descontado a todos los trabajadores partícipes en la huelga la parte del salario correspondiente al día que duró el paro, incluida la del llamado plus de mandos fijos (correspondiente a los jefes de oficina), consistente en una parte fija vinculada a la clasificación de la plaza, y que se abona mensualmente, y otra parte variable, vinculada a la consecución de objetivos y capacidad de mando. A los trabajadores que participaron en la huelga se les descontó un 30 por 100 del plus variable; otros trabajadores, también participantes del paro, vieron disminuidos sus complementos. No existe trato discriminatorio sino trato desigual porque el descuento se aplicara a unos trabajadores que participaron en la huelga y a otros no, de ahí que aunque haya un descuento ha existido una lesión a la libertad sindical, en la medida en que se introduce un trato peyorativo por el ejercicio del día de huelga convocada por un sindicato y, en consecuencia, procede declarar la nulidad de la conducta empresarial, solamente en dicho sentido pero no en lo referente a estimar nula dicha conducta en cuanto afecta directamente a los trabajadores, cuestión distinta que no fue decidida en el litigio.

Para llevar a cabo el descuento salarial por huelga, no es posible su cálculos por retribución mensual cuando las jornadas de los participantes son irregulares. La deducción en el salario debe practicarse con arreglo al número de horas concretas de trabajo, pues de lo contrario se generaría un enriquecimiento injusto en quienes tuvieron asignada la jornada más prolongada en los dos días de huelga. Así la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25-9-2013. El sindicato demandante consideraba incorrecto el cálculo del módulo del salario-hora obtenido dividiendo por la jornada efectiva anual de convenio ya que a su juicio debió tomarse para este cálculo el salario mensual. Tal apreciación es amparada por la Audiencia Nacional al no encontrar plenamente ajustado a derecho el descuento salarial realizado por empresa de Contact Center, al tratarse de un descuento mensual generalizado aplicado a trabajadores con jornada irregular. La Sala lleva a la sentencia comentada un interesante examen jurisprudencial sobre los problemas de cálculo que suscita el descuento salarial por huelga y que le lleva a razonar que el descuento mensual generalizado, aplicado por la empresa a los trabajadores huelguistas, no se ajustó a



derecho, puesto que debió acomodarse al número de horas concretas de trabajo, que tenían adjudicadas en los calendarios de trabajo. Si no se hiciera así, se produciría un resultado manifiestamente injusto para los trabajadores con jornada reducida y provocaría un enriquecimiento injusto de quienes tuvieran asignadas jornadas más prolongadas, puesto que todos ellos habrían tenido el mismo descuento con independencia del número de horas en las que secundaron la huelga. Finalmente rechaza el Tribunal la pretensión sindical de adicionarse el 10% anual de interés por mora, al quedar acreditado que los conceptos reclamados no estaban vencidos, ni eran líquidos y exigibles, lo que supone la estimación parcial y no total de la demanda planteada.

Absentismo. Desde un punto de vista jurídico laboral este concepto engloba las faltas de asistencia no voluntarias, aun justificadas, cuando superen determinados porcentajes sobre las jornadas de trabajo; y tan solo excluye como tal absentismo las faltas de asistencia por el ejercicio legítimo de un derecho, o las que se derivan de situaciones especialmente protegidas.

Se pueden clasificar las faltas de asistencia al trabajo o absentismo en tres grupos, según sea su causa: absentismo voluntario, absentismo justificado y faltas de asistencia no consideradas absentismo.

Absentismo voluntario. Es la abstención deliberada o injustificada de acudir al trabajo. En todo caso la abstención voluntaria injustificada o insuficientemente justificado de acudir al trabajo, es un incumplimiento del contrato de trabajo. Sancionable por el empresario en función de la gravedad de la falta, en este caso en función de los días u horas que el trabajador no ha acudido a su puesto de trabajo.

Hay que distinguir entre la falta de asistencia deliberada o voluntaria, y la falta de asistencia injustificada o insuficientemente justificada.

En el primer caso el trabajador actuaría sin otra causa o justificación que su propio deseo de no acudir a su puesto de trabajo, en el segundo puede existir una causa que no esté soportada por precepto legal o bien no se den las circunstancias que solamente se aceptan como justificables de la ausencia al trabajo.

Mención aparte merece el abandono por parte del trabajador de su puesto de trabajo sin comunicación al empresario. Para que dicho abandono se considere tal, no basta con que la ausencia sea prolongada, es necesario, además que de la actuación del trabajador se pueda concluir su intención clara de que desea extinguir su puesto de trabajo, caso contrario sería una simple falta de asistencia prolongada.

Absentismo justificado. Aparte del absentismo voluntario o injustificado también se debe entender por absentismo las faltas de asistencia, aun justificadas que no quedan expresamente excluidas por la Legislación o por los convenios colectivos.

Así se debe considerar como absentismo incluso las bajas médicas que no superen 20 días, aún cuando hayan sido acordadas por los servicios sanitarios oficiales.

Cabe distinguir entre las faltas de asistencia justificadas, aquellas que son retribuibiles y las que si bien no son sancionables, al no cometer el trabajador infracción alguna, no son retribuibiles por no haber prestado sus servicios para la empresa en los días en los que no acudió al trabajo.

Las faltas de asistencia, aun justificadas, e incluso retribuidas, pueden ser motivo de extinción del contrato de trabajo cuando superen determinados porcentajes de absentismo en un concreto periodo.

Faltas de asistencia no consideradas absentismo. El Estatuto de los Trabajadores 2015 no considera absentismo determinadas faltas de asistencia, bien sea por el ejercicio de un legítimo derecho o bien por derivarse de situaciones especialmente protegidas.

Así, no se considera absentismo por el ejercicio de legítimos derechos, la huelga legal, el tiempo destinado al ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, los permisos y licencias establecidos en la Legislación Laboral y los Convenios Colectivos y las vacaciones.

Tampoco se considera absentismo, por ser situaciones especialmente protegidas, las debidas a accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, -paternidad, las bajas por enfermedad común o accidente no laboral cuando superen los 20 días y hayan sido acordadas por los servicios sanitarios oficiales y las ausencias derivadas de la violencia de género.

STS de 16-11-2016. Conflicto colectivo. subcontratación de servicios con un tercero por parte de empresa cliente. No existe vulneración del derecho de huelga. el Tribunal Supremo considera que no existe vulneración del derecho de huelga por el hecho de que dos compañías clientes de la empresa en esta situación, con las que no tiene ninguna vinculación, salvo la propia relación clientelar, contraten con otras el trabajo ante la imposibilidad de ésta de llevarlos a cabo debido a la huelga. Se revoca la sentencia de la AN donde se declaraba nula la medida de reducción salarial por entender que la empresa vulneró el derecho fundamental de huelga, que los

trabajadores mantuvieron durante parte del período de consultas. No se entiende aplicable a este supuesto la doctrina de las sentencias de 11/2/2015 (R. 95/14) -caso Grupo Prisa- y de 20/4/2015 (R. 354/14) -caso Coca-cola-, porque, a diferencia de aquellos casos, aquí no existe especial vinculación entre la empresa en huelga y la que contrató a un tercero los trabajos que le tenían contratados ante la imposibilidad de llevarlos a cabo debido a la huelga. Al no constituir un grupo de empresa entre ellas ni tener otro tipo de vinculación especial -la relación era meramente clientelar- no puede imponerse la sustitución en los trabajos realizarlos, contratándolos con la competencia, ni tampoco podía impedirlo, ni se pudo beneficiar de ello, pues al no realizar el trabajo tampoco los cobró. Su conducta consistió únicamente en comunicar a sus clientes que no podía realizar los trabajos comprometidos, y con ello no puede decirse que hubiese menoscabado la posición negociadora de los RTL. Se declara ajustada a derecho la medida al quedar acreditada la disminución de las ventas y el estado global de pérdidas, con perspectiva de futuro también negativa.

## **XX. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR HUELGA**

El apdo. 1, m) Art. 45 ,ET, establece que el contrato de trabajo podrá suspenderse por ejercicio del derecho de huelga o cierre patronal.

Ante el ejercicio del derecho de huelga o cierre legal de la empresa (apdo. 1, m) Art. 45 ET).

Los contratos de trabajo afectados quedarán en suspenso por el ejercicio de la huelga por parte de los trabajadores o mientras duren los efectos del cierre patronal.

El trabajador no tiene derecho a salario (en el supuesto de cierre patronal ilegal el trabajador sí tendría derecho a sus honorarios).

En caso de huelga el trabajador podrá reincorporarse a su puesto de trabajo en cualquier momento (aun de proseguir la misma).

En caso de cierre patronal, la reincorporación del trabajador a su puesto se realizará de forma inmediata tras la reapertura del centro de trabajo.

No afecta la suspensión del contrato de trabajo con motivo del ejercicio del derecho de huelga al período vacaciones cuando éste está establecido previamente, porque durante las vacaciones no existe obligación de trabajar y no puede suspenderse la prestación.

Las faltas laborales cometidas por el trabajador durante la huelga (amenazas, insultos, agresiones a otros trabajadores, etc) podrán ser sancionadas por la empresa a pesar de la suspensión del contrato.

Si el trabajador hubiera debido trabajar en festivo y por su participación en la huelga no lo hizo, la TS, de 13/03/2001, Rec. 3162/2000 niega el derecho del trabajador a un descanso compensatorio

La jurisprudencia ha declarado que aunque el Estatuto de los Trabajadores no define la suspensión del contrato de trabajo, sí que enumera sus causas de suspensión en el Art. 45 ET y su efecto principal, por lo que se puede definir como "la situación anormal de una relación laboral, originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico, de cuya definición surgen los requisitos esenciales de la suspensión: la temporalidad de la situación, la no prestación de trabajo durante ella y su no remuneración, y la continuidad y pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva sufre tan sólo una especie de aletargamiento.

Las características esenciales de la suspensión son (STSJ Canarias 31/07/2003 (R. 519/2003)):

- El contrato no se extingue, paralizándose simplemente algunos de sus efectos, aunque éstos sean generalmente los más importantes.
- En cada una de las suspensiones, su específica significación ha de obtenerse de la correspondiente normativa, legal o contractual, por la que se rijan.
- En principio, la suspensión afecta primordial, y a veces exclusivamente, al deber de realizar la actividad convenida y de remunerar el trabajo, respectivamente para trabajador y empresario, pero quedan subsistentes aquellas otras relaciones y expectativas no paralizadas o destruidas por la suspensión, entre ellas los beneficios que deriven de los sucesivos Convenios Colectivos, salvo que otra cosa se deduzca de su propio articulado.

## **XXI. EFECTOS, COTIZACIÓN Y ALTA ESPECIAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL COMO CONSECUENCIA DE LA HUELGA**

Efectos de la huelga legal:

1. Suspensión de los contratos de trabajo, tanto para huelguistas como para no huelguistas (aprts. 1 y 2, Art. 6 ,Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo). No

afectará la suspensión del contrato de trabajo con motivo del ejercicio del derecho de huelga al período vacaciones cuando éste está establecido previamente, porque durante las vacaciones no existe obligación de trabajar y no puede suspenderse la prestación.

2. No se podrá extinguir la relación de trabajo, ni originar sanción alguna, salvo que durante la huelga hubiese cometido alguna falta laboral. (aprts. 2 y 3, Art. 6 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo y aprt. 1, Art. 45 ET).
3. Suspensión del derecho a percibir salario, pase a la situación de alta especial en la Seguridad Social (apdo. 3, Art. 6 ,Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo).
4. Ausencia de derecho a la protección por desempleo (apdo. 3, Art. 3 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril), ni a la económica por incapacidad temporal (apdo. 3, Art. 6 ,Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo y O. 30.04.1977).
5. Ausencia del derecho a la protección por incapacidad temporal originada durante el período de cierre, pero sin pérdida del derecho a la asistencia sanitaria.
6. Se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga.
7. Durante la duración de la huelga el empresario no podrá sustituir a huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apdo. 7, Art. 6 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.
8. Los trabajadores en huelga podrán efectuar piquetes para publicitar la huelga, en forma pacífica, y recaudar fondos sin coacción alguna.
9. A pesar del ejercicio del derecho a la huelga, algunos trabajadores podrán estar obligados a continuar en su actividad, si tienen que atender servicios de

seguridad o mantenimiento de la empresa, o si la empresa tuviese que atender un servicio esencial para la comunidad (apdo. 2, Art. 16 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo).

10. La desobediencia a órdenes empresariales durante una huelga no implica incumplimiento contractual motivador de despido.

Huelga intermitente. Licitud de huelga convocada para cada viernes.

A pesar de tratarse de una huelga con las características de intermitencia, notable duración, realización exclusiva en los días llamados "punta", pues, existencia de antecedentes de paro en similares términos durante la anterior anualidad e incidencia en la prestación de servicios de transporte de viajeros, el Tribunal Supremo ha estimado que no produce un daño grave y desproporcionado a la empresa, de modo que pueda justificar su calificación de abusiva, al tener en cuenta los siguientes aspectos:

No constan en el relato fáctico datos concretos sobre daños derivados de la huelga, indicativos de la desproporción que pudiera fundamentar tal calificación, salvo los que pueden deducirse de las diferencias de recaudación producidas en los cinco meses anteriores a su comienzo (hecho probado octavo).

Es de mencionar el hecho de que la convocatoria de huelga dimana de uno de los tres sindicatos con representación en la empresa, bien que sea el mayoritario, sin que conste que los restantes se hayan sumado a aquélla, ni que tal dato sea irrelevante a los efectos de minorar los perjuicios derivados de la huelga.

La regulación de los servicios mínimos que, aunque hecha en atención y beneficio de los usuarios, repercute en este caso indirectamente en beneficio de la



empresa; y así, en cuanto a los servicios de transporte de escolares y estudiantes, se establece que se deberán mantener todos los servicios en las expediciones normalmente establecidas de lunes a viernes lectivos, hay una atención específica para los transportes de obreros y funcionarios, y, con relación a los demás servicios en general, se tiene en cuenta que la huelga se proyecta en los días "en los que se produce el mayor número de movimientos de ciudadanos", lo que, según se dice en la exposición de motivos de la Orden, "debe, necesariamente, tenerse en cuenta a la hora de modular los servicios mínimos precisos para atender a la demanda real existente en ese día concreto".

Retribución a descontar por cada día de huelga. El Tribunal Supremo, siguiendo doctrina existente (STS de 11 de octubre de 1994) ha instaurado que la retribución a descontar por cada día de huelga comprende tanto el salario de la jornada, como determinados conceptos de "salario diferido" -parte proporcional de gratificaciones extraordinarias, de pagas de participación en beneficios y de retribución del descanso semanal del período en que se haya producido la huelga-, señalando en cambio que la reducción salarial no alcanza ni a los días festivos -salvo que se comprendan dentro del período de huelga-, ni tampoco a las vacaciones. Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, el TS concluye que procede deducir el salario correspondiente a los días de descanso semanal comprendidos dentro del período de huelga en que participaron los trabajadores. Atendiendo a lo anterior, aun tratándose de un día en que los trabajadores no tenían obligación de prestar servicios por descanso semanal procederá la detracción de su salario por estar incluido en el período de huelga.

#### Efectos de la huelga ilegal

Se considerará huelga ilegal aquella situación que: se inicie o sostenga por motivos políticos o por otra finalidad ajena al interés de los trabajadores afectados, la que sea de solidaridad o apoyo (salvo que afecte al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan), cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de

vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo (si bien se permitiría cuando persiga reclamar una interpretación del mismo) y cuando se produzca lo dispuesto para la solución de conflictos colectivos por Convenio Colectivo o en la legislación vigente. Recientemente el Tribunal Supremo ha calificado como ilegal una huelga por no cumplirse el requisito de comunicación preavisada al empresario y a la autoridad laboral.

Los efectos de la huelga ilegal son:

1. Los trabajadores que participaren en huelga ilegal o cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo, incurrirán en la falta prevista en el apdo. j) del Art. 33 ,Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo (actualmente derogado por la Ley 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores).
2. Las faltas de asistencia al trabajo, por este tipo de huelga, no serán justificadas, y por lo tanto pueden ser causa de despido disciplinario.
3. Los trabajadores también podrán ser sancionados en virtud del Art. 58 ,Estatuto de los Trabajadores. Siempre y cuando esto no suponga abuso por parte del ejercicio de la potestad sancionadora del empresario.
4. Los Tribunales condenaran cualquier sanción empresarial encaminada a tomar represalias contra los participantes en la huelga (STSJ Castilla La Mancha de 18 de diciembre de 2.001).

Desconvocatoria temporal

Para el TS, según su Sentencia de SIB-74032, supone un caso de huelga ilegal la desconvocatoria temporal (2 horas por cada un día) de la huelga intermitente convocada

durante un mes, cuando con esta suspensión temporal de la convocatoria, coincidente con otra huelga convocada ese día, se hace con el fin de burlar los servicios mínimos señalados. La desconvocatoria temporal de la huelga intermitente es ilegal cuando las circunstancias del caso muestran que se hizo de forma abusiva para incrementar el daño.

Acumulación de Acciones. Al proceso de Conflicto Colectivo no se le pueden acumular pretensiones individuales de condena, como la de indemnización de daños.

#### Cotización durante las situaciones de huelga

El trabajador en huelga se encuentra en situación de alta especial en la Seguridad Social. Esto implica la suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador, sin que exista, durante ese periodo, derecho a prestación por desempleo ni a prestación económica por incapacidad laboral transitoria.

Convenio Especial durante la situación de alta especial como consecuencia de huelga legal o cierre patronal

Esta modalidad del Convenio Especial se rige por las condiciones generales para los Características generales del Convenio Especial con la Seguridad Social, con algunas peculiaridades:

#### Características

- No es exigible la acreditación del período de cotización previo a la solicitud del mismo.
- El efecto de la suscripción de este convenio será la de alta especial respecto del conjunto de la acción protectora del régimen de que se trate.

#### Base de cotización

- En los casos de huelga legal total o cierre patronal, la base diaria de cotización será el promedio de las bases de cotización por las que hubiera venido cotizando el trabajador durante el mes anterior a la fecha de inicio de la huelga o cierre patronal.
- En los supuestos de huelga parcial, la base diaria de cotización será la diferencia entre la base de cotización calculada como en el punto anterior y la base por la que se cotice diariamente por el trabajador durante esta situación.

#### Coeficiente a aplicar para determinar la cotización

- El 0,94.

### **XXII. FINALIZACIÓN DE LA HUELGA**

La huelga puede finalizar de tres modos posibles:

a) Por desistimiento basado en cualquier causa: consecución de las reivindicaciones, agotamiento de su capacidad de resistencia, o planteamiento de un conflicto colectivo. El Real Decreto-Ley 17/1977 prevé que en cualquier momento los trabajadores pueden dar por terminada la huelga. El desistimiento es un acto de voluntad del comité de huelga u órgano que la haya promovido que pone fin a huelga.

b) Por acuerdo o pacto entre las partes en conflicto. Durante la huelga y desde el preaviso, el comité de huelga y el empresario están obligados a negociar para llegar a un acuerdo. El pacto que ponga término a la huelga tendrá la eficacia de un convenio colectivo, estatutario o extraestatutario, dependiendo de la legitimación que ostenten los representantes de los trabajadores que lo negocien y de que se hayan observado o no los restantes requisitos formales y procedimentales del Título III del Estatuto de los Trabajadores 2015. La eficacia del acuerdo queda limitada a aquellas cuestiones y materias que hayan sido objeto del pacto y estén comprendidas en el acuerdo transaccional que pone fin a la huelga, sin que pueda extenderse a consecuencias jurídicas que pudieran también derivarse de la huelga pero sobre las que no se ha llegado a pacto alguno.

c) En fin, la huelga puede concluir con un arbitraje obligatorio acordado por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo en atención a la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional. La continuación de la huelga tras el laudo arbitral la convierte en ilegal, y los huelguistas pueden ser sancionados.

### **XXIII. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**

El derecho de huelga se limita a los trabajadores por cuenta ajena sometidos a la legislación laboral, existiendo supuestos, como el de trabajadores extranjeros, donde se condicionará a la autorización para trabajar. Especial mención merece, a este respecto, la interdicción de la huelga o de acciones substitutivas de la misma, que se lleva a cabo, dentro del marco delimitado por el Art. 28 Constitución Española, en aras de los

intereses preeminentes que corresponde proteger a los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada de sus servicios, que no admite interrupción. Lógicamente, como lo exige la protección de los derechos personales y profesionales de estos funcionarios, la Ley prevé la determinación de los cauces de expresión y solución de los conflictos que puedan producirse por razones profesionales. El derecho a huelga de los Funcionarios públicos, aún siendo titulares de la libertad sindical, no se regula en el Real Decreto Legislativo, si no en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de 2 de agosto de 1984, la que recoge el derecho a la huelga de los funcionarios, con las siguientes prohibiciones:

a) Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones substitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios (apdo. 8, Art. 6 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo).

b) Fuerzas Armadas (ejército de tierra, la armada y el ejército del aire) y los institutos armados de carácter militar (ej: Guardia civil). No pueden recurrir a ninguna de las formas de huelga previstas, según lo establecido en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Este régimen se aplica también al personal militar adscrito al Centro Nacional de Inteligencia (antiguo CESID).

c) Personal de la Administración de Justicia. Resulta discutible que los jueces, magistrados y fiscales puedan ser titulares de este derecho, al carecer de libertad sindical. Por el contrario, si ostentarán la titularidad del derecho de huelga los secretarios judiciales y los cuerpos de funcionarios al servicio de la administración de justicia (gestión procesal y administrativa, tramitación procesal y administrativa, y auxilio judicial).

Deducción de retribuciones

Quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectuó tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales (apdo. 2, Art. 30 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

#### **XXIV. REGULACIÓN DEL PROCESO DE TUTELA DEL DERECHO DE HUELGA**

La Ley de Jurisdicción Social regula la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de manera más completa y estructurada que anteriormente, particularmente atenta a la doctrina constitucional.

El objeto de este proceso es el conocimiento por parte de los órganos judiciales de la jurisdicción social de toda lesión actual de los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición del tratamiento discriminatorio y el acoso. TS, Sala de lo Social, de 11/10/2011, Rec. 102/2011) afirma que "El derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado comprende ... no sólo el derecho de los trabajadores de organizarse sindicalmente, sino además el derecho de los sindicatos de ejercer aquellas actividades que permiten la defensa y protección de los propios trabajadores, de lo que se sigue que para el eficaz ejercicio de sus funciones, los representantes sindicales han de disfrutar de una serie de garantías y facilidades, que de algún modo se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical, siendo una de ellas, precisamente la que aquí se cuestiona, la prevista en el e) Art. 68 ET"

Se trata por tanto de un proceso de cognición limitada, en este sentido dispone el 178.1 LJS que “el objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad”.

Además, en el apartado segundo de dicho precepto se afirma que “cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el Art. 184 LJS, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal”.

El ámbito objetivo o material de esta modalidad procesal se define ahora de manera generosa, declarando la exposición de motivos de la LJS que va más allá de la invocación principal de derechos fundamentales laborales específicos, como pueda ser la libertad sindical, para comprender con amplitud, toda posible vulneración de tales derechos y libertades fundamentales en el ámbito de las relaciones de trabajo, sean genéricos o específicamente laborales.

Dispone el Art. 184 LJS que “no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del Art. 178 LJS, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el Art. 139 LJS, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con



arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del Art. 26 ,LJS, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”.

Debe advertirse que el Art. 184 LJS no alude a todas las modalidades procesales a los efectos del 178.2 LJS. Por tanto ha de entenderse que en las silenciadas, la alegación de una pretendida lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, obliga a sustanciar el asunto a través del proceso especial de tutela.

### Legitimación

De acuerdo con el 177.1 LJS, “cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”.

En todo caso, cuando corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse también como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado.

Por otra parte, dispone el apartado cuarto del Art. 177 LJS que “la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario”.

En estos casos además, la víctima es la única parte legitimada activamente, excluyéndose la intervención de posibles coadyuvantes. Debe elegir además la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la Ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare.

En relación con la legitimación pasiva, la misma corresponde a los causantes de la lesión impugnada que la ley identifica en los términos generales y amplios, esto es, empleador, asociación patronal, Administración. Pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, incluidos los propios sindicatos.

El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas (177.3 LJS).

Un miembro del comité de empresa está legitimado para exigir la tutela de su derecho al crédito horario por el procedimiento especial del ex Art. 175 ,LPL (hoy Art. 177 LJS) cuando acciona alegando la violación de su libertad sindical en su vertiente individual.

## Órgano competente

Estos procedimientos se tramitarán conforme a las reglas de competencia que se establecen en los Art. 6 LJS a Art. 8 LJS, ante el Juzgado de lo Social en cuya circunscripción se haya producido el acto lesivo alegado.

Cuando los efectos de la lesión excedan de la circunscripción de un Juzgado de lo Social, el órgano competente es la correspondiente Sala de lo Social del TSJ de la respectiva CCAA, o la Audiencia Nacional cuando se exceda de dicho ámbito.

## Tramitación

En relación con la demanda, estos procesos se excluyen de conciliación, mediación o reclamación administrativa previa (64.1 LJS y 70.1 LJS) y de la posibilidad de acumulación con otras acciones (26.1 LJS y 178.1 LJS), la demanda no está sometida a un plazo especial de prescripción o de caducidad, sino que debe interponerse en los plazos legalmente previstos para ejercitar acciones derivadas de las conductas o actos en que se concrete la correspondiente lesión que se impugne (179.2 LJS).

Dispone además el apartado tercero del Art. 179 LJS que “la demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los Art. 182 LJS y Art. 183 LJS, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada,

incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”.

Una vez que se inicia, el proceso tiene carácter urgente a todos los efectos y goza de preferencia en su tramitación, tanto en la instancia como en la fase de recurso respecto de todos los que se sigan ante el Juzgado o Tribunal (179.1 LJS), computándose como hábiles los días del mes de agosto, tal y como dispone el 43.4 LJS.

#### Medidas cautelares y audiencia preliminar

La ley, en su Art. 180 LJS, establece la posibilidad de que en el mismo escrito de demanda, al actor pueda solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado. Se trata de una medida cautelar adoptable con carácter previo al acto del juicio que tiene la finalidad de evitar en la medida de lo posible la producción de daños inevitables.

Estas medidas tienen un carácter excepcional y no pueden adoptarse en cualquier proceso en el que se alegue una presunta violación de derechos fundamentales, en este sentido dispone el apartado segundo del mencionado precepto lo siguiente:

“El juez o tribunal podrá acordar la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos.

No obstante lo anterior, en el caso de que se invoque vulneración de la libertad sindical, sólo se podrá deducir la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando

las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación”.

En caso de huelga, podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando “se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas”.

En relación con la conciliación y juicio, habrán de tener lugar en el plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de admisión de la demanda, debiendo en todo caso mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de los mismos (181.1 LJS).

En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Para la inversión de la carga de la prueba no basta, por tanto, su mera alegación, sino que es necesario acreditar indicios de violación de la libertad sindical.

Sentencia

Tal y como dispone el Art. 180 LJS, “el juez o la Sala dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes”.

La sentencia estimatoria de la demanda contiene, al menos, cuatro pronunciamientos además del que corresponde respecto de las medidas cautelares, que vienen establecidos en el Art. 182 LJS:

“La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas:

a. Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

b. Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.

c. Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.

d. Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho

fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el Art. 183 LJS”.

El Art. 183 LJS contiene reglas precisas respecto de esta indemnización sobre la que obligatoriamente debe pronunciarse la sentencia. En este sentido dispone e apartado segundo de dicho precepto que “el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”.

Dicha indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

En último término, dispone el apartado cuarto de dicho artículo que “cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”.

## **XXV. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS OCASIONADOS DURANTE LA HUELGA**

Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga. Es una realidad indiscutible que, de la cesación del trabajo con ocasión de la huelga, así como de otros actos conexos a la misma, se pueden derivar perjuicios tanto para el empresario como para terceros ajenos a la relación laboral. De ahí que el tratamiento de las responsabilidades derivadas de la huelga deba contemplar, no sólo la eventual responsabilidad disciplinaria del huelguista, sino también la posibilidad y ámbito de la acción resarcitoria por los daños producidos por éste y otros sujetos implicados en el conflicto. Como quiera que el ejercicio de la facultad sancionadora con ocasión de la huelga ha merecido especial atención de nuestra doctrina científica y judicial, este estudio se centrará en la debatida responsabilidad indemnizatoria. No es ésta una tarea fácil, dada la ausencia de normativa laboral en la materia. Por otra parte, y pese a la abundante doctrina judicial vertida en otros ámbitos de la huelga, son raros los pronunciamientos que se refieren a la responsabilidad civil derivada de la misma. Puede ello deberse a las dificultades técnicas que plantea la extrapolación del Derecho común a los daños derivados de la huelga, a que inmediatamente nos referiremos. Puede también deberse a cierto recelo de los tribunales y prácticos del Derecho, a limitar en demasía el recurso a la huelga mediante la responsabilidad indemnizatoria, como ha ocurrido en el vecino país y especialmente en el Derecho anglosajón. En cualquier caso, tal carencia ha supuesto una dificultad añadida a la hora de tratar esta cuestión.

No existe en la actualidad una legislación específica referida a la responsabilidad resarcitoria por los daños ocasionados durante la huelga; tampoco existen normas laborales que, aún con carácter general, regulen los supuestos de responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de obligaciones de carácter laboral, salvo concretas referencias a la responsabilidad del sindicato a las que se aludirá en su momento. Contrasta la situación actual con la de épocas precedentes, cuando bien con afán protector o bien para confirmar la posibilidad de exigir responsabilidad civil al huelguista, esta materia aparecía dotada de regulación específica. Así, el art. 91 LCT 1931 declaraba que la huelga legal no daría lugar a indemnizaciones o pago de daños. La ley homónima de 1944 no se refería a la huelga, pero su art. 63 contemplaba la



obligación general del trabajador de indemnizar al empresario de los daños causados culpablemente «en los locales, los materiales, las máquinas y los instrumentos de trabajo». Ya en 1977 el art. 16.2 DLRT, relativo a las consecuencias disciplinarias del incumplimiento de los servicios de mantenimiento, hacía referencia tangencial a «las demás responsabilidades que procedieran». En época post-constitucional, el art. 32.1 Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y Medidas de Conflicto Colectivo de 1992 estableció que «el ejercicio del derecho de huelga y sus facultades de carácter colectivo de forma contraria a lo dispuesto en la presente ley, podrá dar lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios cuando de dicha actuación se hubiera derivado lesión de los derechos del empresario, asociaciones empresariales, Administraciones Públicas o de terceros». El citado Proyecto fue sustituido, mediante una enmienda a la totalidad, por el posterior Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993, fruto del acuerdo entre el entonces Gobierno del PSOE y los sindicatos UGT y CCOO. De modo significativo dicho texto silenciaba toda referencia a la responsabilidad civil<sup>6</sup>. En cualquier caso, de sobra es conocido el final frustrado del mencionado Proyecto de Ley Orgánica de Huelga.

El vacío de legislación laboral en esta materia ha determinado la aplicación subsidiaria de las normas civiles sobre responsabilidad resarcitoria, conforme a lo previsto por el art. 4.3 CC. En principio, nada obsta a la aplicación de la doctrina general sobre responsabilidad civil por daños, contenida en los arts. 1102 y siguientes CC, respecto de la responsabilidad contractual o derivada del incumplimiento de obligaciones preexistentes a la afirmación de responsabilidad, y en los arts. 1902 y siguientes de la misma norma, para el supuesto de responsabilidad extracontractual por daños a terceros, consecuencia del quebrantamiento del principio general *alterum non laedere*. Así pues, si se admite la posibilidad de que el huelguista pueda incurrir en dicha responsabilidad por daños, para el éxito de la petición resarcitoria del perjuicio ocasionado en la huelga sería precisa la concurrencia de los elementos que, según las precitadas normas generales, hacen nacer la responsabilidad civil. Tradicionalmente se ha afirmado que estos elementos son, en síntesis, la existencia de un comportamiento

antijurídico (antijuridicidad) realizado «intencional o negligentemente» (culpa), del que se deriva causalmente (nexo causal) un daño emergente o lucro cesante (daño).

Dificultades derivadas de la extrapolación de la normativa civil. Ahora bien, la responsabilidad civil presenta, en el específico supuesto de los daños producidos con ocasión de la huelga, diversas peculiaridades e interrogantes a resolver con carácter previo a la afirmación del derecho que asiste al empresario a obtener una indemnización por tales perjuicios. Cuestiones como la delimitación entre el daño natural que debe soportar el empresario a consecuencia de la huelga y el daño que ocasiona el ejercicio abusivo del derecho de huelga, la identificación del sujeto responsable de tales daños y, por último, la jurisdicción competente para resolver en la materia. De otro lado, establecer de manera automática el derecho al resarcimiento del empresario puede conducir a una utilización perversa del mismo, como factor limitativo del derecho de huelga. Por ello, la determinación del daño indemnizable, así como su imputación a los huelguistas, debe estar sometida a numerosas cautelas, traducidas como se verá en una modalización de los criterios que rigen conforme al Derecho civil, con el fin de preservar el contenido esencial y la eficacia, en suma, del derecho fundamental de huelga. Puesto que el ámbito objetivo y subjetivo de la responsabilidad por daños depende de la naturaleza y origen de los mismos, el estudio de ambas cuestiones se ha ordenado sistemáticamente, según que la responsabilidad se deba a daños ocasionados por la cesación del trabajo durante huelga ilegal, o a daños derivados de conductas ilícitas y distintas de la mera abstención del trabajo.

Noción de daño indemnizable: delimitación objetiva y subjetiva. Si bien la existencia de un daño es *conditio sine qua non* para el nacimiento de la responsabilidad civil, no se puede afirmar que de cualquier daño generado por la huelga se derive tal responsabilidad, dada la configuración de dicha medida de fuerza como derecho de los trabajadores. Por ello, para delimitar la noción de daño indemnizable, es necesario

identificar en primer lugar los comportamientos huelguísticos que darán lugar a esta responsabilidad.

En otro orden de cosas, junto al daño buscado en el empresario, la huelga puede ocasionar perjuicios a otros sujetos que, aunque afectados por la medida de huelga, no son la contraparte de las reivindicaciones de los huelguistas. De este modo, la huelga no sólo repercutiría negativamente en el patrimonio del empresario: también los no-huelguistas, los clientes de la empresa, los usuarios del servicio que aquélla presta, o simplemente terceros totalmente ajenos a la misma, pueden sufrir perjuicios como consecuencia del paro. Lógicamente, esta realidad supone que la entidad del daño indemnizable dependa también de los sujetos legitimados activamente para su reclamación. Por las razones apuntadas, el estudio del daño resarcible se realizará, de un lado, mediante la delimitación objetiva del mismo, a través de la determinación de los comportamientos huelguísticos que originan responsabilidad indemnizatoria, y de otro, mediante su delimitación subjetiva, identificando los sujetos perjudicados por la huelga, posibles acreedores del resarcimiento.

El ejercicio del derecho de huelga constituye una medida de presión de los trabajadores para obtener determinadas reivindicaciones profesionales. Dicha presión se consigue precisamente mediante la dejación de la obligación laboral, lo que comporta un daño económico en el sujeto pasivo. Así, se puede afirmar que forma parte del contenido esencial del derecho el ocasionar un perjuicio económico al receptor de la huelga, constituyendo dicho perjuicio una condición de eficacia del ejercicio del derecho de huelga.

El hecho de que la huelga tenga que implicar un daño a la empresa para que ésta ceda a las peticiones de los trabajadores, no puede ser interpretado, sin embargo, en sentido absoluto. El derecho de huelga, como todos los derechos, se halla sujeto a

determinados límites, superados los cuales el titular incurrirá en abuso de su derecho. Mas no dándose tal contingencia, el recurso legítimo al derecho de huelga con respeto de los límites marcados por la Constitución y demás normas de desarrollo, no puede dar lugar a la responsabilidad civil de los huelguistas, ni de quienes convocaron el paro, al igual que se prohíbe la imposición de sanciones disciplinarias por esta causa. Y ello, aun cuando de la huelga se hayan derivado perjuicios de gran relevancia económica para el empresario, pues «no existe un límite objetivo del daño que puede causarse legítimamente al empresario».

Aunque se han esgrimido otros argumentos para sostener la ausencia de responsabilidad civil en caso de ejercicio del derecho de huelga, tales como la inexistencia de culpa o negligencia en la actitud del huelguista o del sindicato convocante, parece más correcto buscar la razón de ello en la ausencia de conducta ilícita a la que imputar el daño, pues se trata del ejercicio de un derecho. Cabría argüir que nuestro ordenamiento jurídico regula supuestos de responsabilidad por daños derivados incluso de acto lícito, razón por la que, entiende hoy un reputado sector doctrinal, la antijuridicidad o ilicitud de la conducta no constituye un verdadero elemento de la responsabilidad por daños. En todo caso, sí es requisito de la responsabilidad resarcitoria que el daño sea antijurídico o injustificado, entendiendo por tal «el daño que, puestos en la balanza los intereses en juego, no tiene por qué soportar la víctima». De manera que, si existe una causa de justificación, el daño causado no será indemnizable. En el caso que nos ocupa, la causa de justificación está constituida por el ejercicio del propio derecho.

Al margen ya de su fundamento jurídico, doctrina y jurisprudencia coinciden al entender que de la huelga legal, con la salvedad de las posibles conductas ilegítimas que individualmente puedan tener lugar en su transcurso, no cabe deducir la responsabilidad por daños de trabajadores o sindicatos, pues ello conculcaría el propio derecho de huelga. Y éste es el presupuesto a partir del cual se debe construir la teoría de la responsabilidad indemnizatoria por daños derivados de la huelga.

La clave del nacimiento de la responsabilidad civil en caso de huelga se halla pues, no en la propia existencia del daño, que necesariamente ha de derivarse de toda huelga, sino en la posibilidad de su justificación en el ejercicio del derecho de huelga. Dicha justificación no existe en caso de ejercicio ilegítimo del derecho, lo que necesariamente nos lleva a la antijuridicidad, o ilegitimidad si se quiere, de la conducta de la que se deduce el daño. De ahí que nos refiramos a continuación a las conductas antijurídicas, como determinantes del daño injusto.

#### Responsabilidad por daños derivados de la huelga ilegal

La convocatoria y participación en huelga ilegal como conductas antijurídicas. Fundamentos. En primer término, aparece como conducta claramente antijurídica, la consistente en la convocatoria de una de las huelgas tipificadas como «ilegales» en el art. 11 DLRT. En tales supuestos, la ilegitimidad de la convocatoria no radica únicamente en el daño que el paro concertado origina al empresario, sino más bien en la merma que la huelga pueda suponer en otros derechos y bienes constitucionales susceptibles de protección. La vulneración de estos derechos y bienes constituye una extralimitación en el derecho de huelga, que deja además sin justificación la interrupción de la prestación laboral. Sirva de ejemplo a lo dicho, el mero repaso de las causas que originan la ilegalidad de la huelga, según el mencionado precepto: el atentado contra bienes constitucionales, tales como la seguridad nacional y el orden democrático, en el supuesto de las huelgas políticas citadas en el art. 11.a) DLRT; el recurso a la huelga con fines distintos a los asignados constitucionalmente a la misma, como medida para la reivindicación de intereses profesionales de los trabajadores, cual es el caso de las huelgas de solidaridad aludidas en el art. 11.b) DLRT; el quebrantamiento del deber de paz derivado de la negociación colectiva, en lo que se refiere a las huelgas novatorias [art. 11.c) DLRT]; y, finalmente, el incumplimiento de lo dispuesto por el DLRT o de lo pactado en convenio colectivo en cuanto a su desarrollo [art. 11.d) DLRT]. Un estudio de la escasa jurisprudencia hallada en la materia revela, no obstante, cierta tendencia a la interpretación laxa del concepto de

huelga legal, cuando de lo que se trata es de reclamar responsabilidad indemnizatoria. Tal consideración es especialmente cierta respecto del alcance del deber legal de paz y de la correlativa prohibición de huelgas novatorias. Sin duda, debido a la autonomía que en nuestro ordenamiento goza el derecho de huelga respecto de la negociación colectiva, los tribunales laborales aprecian con evidente flexibilidad los objetivos de la huelga. En este sentido, la doctrina ha constatado que resulta fácil eludir la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del deber legal de paz y, en general, la calificación de ilegalidad de la huelga por novatoria, «pues, para ello, basta simplemente con plantear la reivindicación como adición o complemento al convenio y no como alteración de lo pactado».

La convocatoria de alguna de las huelgas tipificadas como ilícitas constituye una conducta antijurídica, por el atentado que supone contra los derechos e intereses citados anteriormente. Se ha afirmado, asimismo, la antijuridicidad de la adhesión del huelguista al paro ilegal, en tanto supone el incumplimiento del contrato. Cosa muy distinta es que dicho incumplimiento sea imputable al trabajador, si bien esta cuestión se tratará en el segundo capítulo.

Corresponde a continuación delimitar la extensión del daño a indemnizar con ocasión de una huelga ilegal. Puesto que aquí se está tratando únicamente la responsabilidad derivada de los perjuicios que la huelga ilegal puede provocar, con abstracción de determinadas conductas individuales e ilícitas que paralelamente al conflicto puedan darse, será resarcible todo el daño que se derive de la mera cesación del trabajo. El daño indemnizable comprenderá, por tanto, el daño material ocasionado por la eventual pérdida de materias primas o productos en fase de elaboración, los gastos derivados de los avisos efectuados por la empresa a los usuarios de sus servicios, etc; pero también el lucro cesante constituido por el coste de reanudar la producción.

Dada la inusual fijación convencional de los criterios para determinar el montante de la responsabilidad derivada de huelga ilícita (aunque podrían ser objeto de

pacto junto con las cláusulas de paz laboral), será el órgano judicial quien, previa aportación de las pruebas por el interesado, fijará el daño indemnizable y la cuantía de la indemnización. A pesar de la inexistencia de previsiones legales limitando cuantitativamente la responsabilidad civil por huelga, en el establecimiento del montante a indemnizar el juez debería tener en consideración, no sólo la extensión de los daños ocasionado por la huelga ilícita, sino también que la responsabilidad por los mismos no puede vulnerar la libertad sindical del sindicato, por lo que es preciso proteger los bienes necesarios para desarrollar su futura actividad sindical.

Dentro de la categoría de las huelgas ilícitas, merece especial mención la relativa a aquellas huelgas que poseen tal calificación por su carácter abusivo, esto es, las llamadas huelgas abusivas en razón del daño que ocasionan al empresario. A diferencia de lo que ocurre con los demás tipos de huelga ilegal, en que el daño se convierte en ilegítimo e indemnizable precisamente como consecuencia de haber sido engendrado por un acto ilegítimo, las huelgas abusivas se caracterizan porque la antijuridicidad se predica del propio daño, la huelga deviene ilícita por sus efectos, por ocasionar un «daño excesivo». Estas huelgas constituyen en suma una categoría extraña, dado que se basan en la preexistencia de un límite objetivo del daño que la huelga puede razonablemente ocasionar, de un peligroso y discutido límite interno al derecho de huelga.

La jurisprudencia constitucional sobre la existencia de una presunción iuris tantum de ilicitud de las huelgas citadas en el art. 7.2 DLRT, ha merecido la censura de un importante sector de la doctrina, por razones de política jurídica y de índole técnica. Entre otras críticas, se imputa a la interpretación del Constitucional, que supone una importante traba al ejercicio del derecho de huelga, puesto que la eficacia de la medida radica en procurar hacer daño a la contraparte. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, se reprocha que dicha extrapolación de la teoría del abuso del derecho no tome en consideración la adecuación de su ejercicio a la finalidad que socialmente se le asigna, provocando una disociación entre el Derecho y el hecho huelguístico. En fin, se

ha subrayado que el aludido límite al daño que puede producir el derecho de huelga no se deduce del texto constitucional, ni expresa ni implícitamente, sobre la base de la necesidad de preservar otros derechos constitucionales de igual rango.

Pero lo relevante de las huelgas abusivas a efectos de la materia que aquí se trata, es que su antijuridicidad se mide precisamente por el daño ocasionado, y no por otras circunstancias externas, como las reivindicaciones perseguidas o el incumplimiento de fórmulas pactadas en el convenio vigente. De esta suerte, la admisión de esta categoría de huelgas complica la delimitación del daño resarcible, en la medida en que pasa de ser la consecuencia de la antijuridicidad de la conducta, a ser la causa de dicha antijuridicidad.

En cualquier caso, puesto que se trata del ejercicio de un derecho fundamental, no es posible concluir que cualquier daño ocasionado durante la huelga resulte resarcible, ni cualquier huelga abusiva pues, como ya se afirmó, ello determinaría la ineficacia de esta medida de presión reconocida en la Constitución, y vaciaría de contenido el derecho de huelga. No es dable aplicar pura y simplemente la doctrina civilista, que parte del principio general según el cual, toda conducta de la que se origine un daño es antijurídica, siendo excepcional la exclusión de la antijuridicidad. Al contrario, la categoría de huelgas abusivas ha de ser contemplada como la excepción, reservada para aquellos supuestos en que el resultado nocivo de la huelga sea extremo, y demasiado escaso el perjuicio soportado por los huelguistas.

La doctrina del Tribunal Constitucional. Dejando a un lado este tipo de consideraciones, y una vez asumida la existencia de una normativa que prohíbe las huelgas abusivas, lo cierto es que ello supone la existencia de un límite, entre el daño admisible como resultado del ejercicio normal de la huelga y el daño indemnizable, que se erige en instrumento de medida del uso legítimo o abusivo del derecho. La noción de daño indemnizable es, de esta manera, un concepto de valor específico en caso de huelga abusiva, que ha de ser diferenciado del daño legítimo o admisible en el ejercicio



del derecho. La determinación de la cantidad de daño que se considera razonable e implícito en la huelga constituye, por esta razón, una tarea necesaria, pero difícil, que en todo caso dependerá de las circunstancias del caso concreto. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha establecido los criterios que permitirán imputar a los trabajadores los daños ocasionados por el conflicto, por constituir una extralimitación del derecho de huelga, a saber, la desproporcionalidad del daño y la intencionalidad del mismo. La existencia cumulativa de ambos factores, objetivo y subjetivo, conducirá a establecer el carácter abusivo del ejercicio del derecho de la huelga, y en general de la huelga que se desarrolle según estas pautas.

La doctrina legal no sólo se refiere a las huelgas calificadas de abusivas por el art. 7.2 DLRT, sino a cualquier otra modalidad huelguística en la que concurren las circunstancias aludidas. Lo que ocurre es que, respecto de las modalidades contenidas en el art. 7.2 el Tribunal Constitucional afirma la existencia de una presunción de su naturaleza abusiva, si bien se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que cabe a los huelguistas prueba en contrario, que certifique la ausencia de un daño excesivo o, de existir éste, la falta de intencionalidad en el mismo. Dicha presunción no existe por contra, y según la misma doctrina, respecto de las modalidades no contempladas expresamente en el citado precepto, para las cuales la presunción es de licitud, correspondiendo al empresario demostrar su naturaleza abusiva, sobre la base de la existencia de un daño desproporcionado e intencionado. El Tribunal Constitucional postula por tanto la evaluación, caso por caso, de los daños ocasionados por la elección de determinadas modalidades de huelga.

Al constituir la huelga abusiva por definición un abuso del derecho de huelga, de la misma se puede derivar la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por ese mal ejercicio, como se deduce del art. 7.2 CC, amén de las eventuales sanciones que el empresario pueda imponer en virtud de su poder disciplinario. De ahí el interés que para este estudio posee la delimitación del concepto de huelga abusiva y, por tanto, de los presupuestos que según el Tribunal Constitucional determinan esa calificación.

El daño resarcible se caracteriza, en primer lugar, por ser desproporcionado respecto del sacrificio que la participación en la huelga supone para los trabajadores, contrariando así el principio de sacrificio mutuo o proporcionado que, según la doctrina constitucional, rige en materia de huelga. El mencionado principio determina, pues, no sólo la cuantía de la minoración del salario del huelguista, sino también la extensión del daño que el empresario debe soportar con motivo de determinada huelga.

Pero cuando se habla de proporcionalidad del sacrificio mutuo, se alude a un sacrificio equivalente, que no igual, dado que no se puede medir de idéntica manera la posición patrimonial que ostentan los sujetos del contrato de trabajo. Por tanto no cabrá exigir responsabilidad por el mero hecho de que se haya causado un daño que supere el montante de lo ahorrado en concepto de salarios y cotizaciones por los huelguistas; el Tribunal Constitucional ha incidido en la necesidad de que el perjuicio causado sea grave.

La exigencia de gravedad del daño en la responsabilidad indemnizatoria persigue mutatis mutandi un efecto parecido al pretendido por la doctrina de la participación activa en el ámbito del despido disciplinario. De manera que la gravedad del daño por encima del criterio de la mera equivalencia permite limitar la responsabilidad por daños, ponderando tanto la naturaleza fundamental del derecho de huelga y su finalidad o utilidad, como la influencia que ha de tener el fenómeno colectivo en la conducta individual del huelguista, por lo que no es dable aplicar en este caso de manera automática los criterios civilistas sobre responsabilidad por daños.

Según lo expuesto, atentará contra el citado principio de proporcionalidad cualquier medida de presión que, afectando levemente a los trabajadores, ocasione sin embargo un daño excesivo o grave al empresario. Ello puede ocurrir, según la STC 11/1981 (FJ.10), en los casos en que la huelga impida el trabajo a sujetos no convocados

a la misma, por realizarse en «sectores estratégicos», o por disminuir «aparentemente el número de personas que están en huelga» porque «los huelguistas reales simulan no serlo». También se ha observado la desproporcionalidad del daño, en los supuestos en que la huelga produce un «efecto multiplicador», pues la duración de sus efectos rebasa considerablemente la duración de la misma, así como en las huelgas desarrolladas sin la necesaria colaboración del Comité de huelga en cuanto a la prestación de los servicios de mantenimiento (FJ.20). No obstante lo dicho, no debería deducirse de manera automática, y con independencia del tipo de huelga elegido, la existencia de una huelga abusiva cuando la propia naturaleza del proceso productivo (trabajo en cadena, maquinaria de costosa puesta en funcionamiento) es determinante de la existencia del daño cuantioso; ello supondría negar el derecho de huelga en razón de la especial configuración del proceso productivo, circunstancia que desde luego no depende de los trabajadores, y que constituiría una limitación del derecho, no prevista por la Norma Fundamental.

En estos casos, el empresario deberá demostrar que existe un daño «adicional» y excesivo en comparación con el que representaría una modalidad de huelga normal o típica respecto de la misma organización productiva de la empresa, probando que la modalidad de huelga elegida ha supuesto a la empresa un coste en concepto de reorganización de la cadena productiva, de pérdida de materia prima, etc., muy superior al derivado del ahorro de la falta de producción de los huelguistas. La clave, para determinar la existencia de un daño grave en estas empresas se halla, por tanto, en el término de comparación, entendiendo por tal, el coste que una huelga normal produzca en la misma empresa y circunstancias, no el que idealmente se derivaría de una huelga en cualquier empresa con abstracción del sistema productivo utilizado, limitado a la pérdida del trabajo. La aplicación del parámetro abstracto de comparación tendría por resultado la práctica calificación como abusiva —y por tanto la prohibición— de toda huelga en las mencionadas empresas. En suma, es preciso que exista una conexión directa entre la concreta modalidad de huelga realizada y el daño sufrido por la empresa.

La STS de 17 de diciembre de 1999 pareció asumir esta concepción al enjuiciar una huelga intermitente en la que se convocó la realización de paros en distintos intervalos temporales, siendo cada uno de éstos desconvocado en fecha inmediatamente anterior o muy cercana a la anunciada para su realización. En estas circunstancias la empresa no dispuso de tiempo para hacerse con las materias primas y materiales necesarios para continuar la producción una vez desconvocados los paros, pese a lo cual se vio obligada a abonar los salarios puesto que, desconvocado el paro, los trabajadores se pusieron a disposición de la empresa. El Alto Tribunal resolvió que se trataba de una huelga intermitente abusiva pues la facultad de desconvocatoria o desistimiento de la huelga intermitente debía haber afectado «a la huelga en su integridad, y no a los paros sucesivos en que su ejecución se fracciona» (FD.9). A juicio del Tribunal, la empresa había demostrado que tal planteamiento de la huelga había originado un «perjuicio añadido» que excedía «con mucho del lucro cesante derivado de la no colaboración de los trabajadores en que consiste la huelga y de los costes organizativos normales que resultan inevitablemente de una cesación total o parcial de la actividad productiva» (FD.8). Rechazando la argumentación de los representantes de los trabajadores que imputaban el daño grave al propio sistema de producción «justo a tiempo» adoptado por la empresa, el Tribunal Supremo mantuvo la existencia de un perjuicio añadido al que normalmente se hubiera derivado del ejercicio del derecho de huelga en la misma empresa y sistema de producción, que fue consecuencia directa de las desconvocatorias imprevistas de los paros declarados.

En supuestos como el planteado en que la huelga es abusiva e ilegal por causa de la existencia de un daño «adicional», es coherente defender que la responsabilidad civil quede limitada al resarcimiento de dicho daño adicional, que es el calificable como injusto o antijurídico, pues el resto del perjuicio es el que naturalmente cabe esperar de la huelga<sup>64</sup>. Ahora bien, trasladar esta idea a la práctica no es tarea sencilla.

En el caso de las desconvocatorias de los paros intermitentes no se planteó la responsabilidad civil y por tanto no hubo necesidad de acotar el daño indemnizable.

Probablemente, el daño adicional hubiera estado constituido por los salarios y las cotizaciones, dado que la pérdida de producción se hubiera producido en cualquier caso, de haber transcurrido la huelga normalmente, como parece deducirse de la propia sentencia comentada cuando relata que la empresa había tenido que abonar los salarios a requerimiento de la Inspección de Trabajo. Por poner otro ejemplo, cabría traer a colación el de los daños derivados de una huelga que deviene abusiva por la falta de colaboración del Comité de huelga en la designación y prestación de los servicios de mantenimiento. En tal caso, el daño desproporcionado o adicional estaría constituido por el perjuicio ocasionado por el incumplimiento de dichos servicios, no por el derivado de la cesación en el trabajo de los huelguistas que no habían sido designados para los servicios de mantenimiento, en la medida en que dicho daño es el que la huelga va a originar siempre en circunstancias de normalidad, y se ve en cierto modo compensado con la consiguiente pérdida de salarios por parte de los huelguistas. En definitiva, el único daño resarcible será aquel cuyo carácter adicional determine la calificación de la huelga como ilícita por abusiva.

Concurrencia del elemento intencional: el quebrantamiento del deber de buena fe es consubstancial al concepto de abuso del derecho. La existencia de un daño grave no es suficiente, sin embargo, para la imputación a los huelguistas de la responsabilidad indemnizatoria por tal concepto. Es preciso además que dicho resultado haya sido buscado intencionadamente con la elección de la concreta modalidad de huelga o la conducta llevada a cabo. De esta manera el Tribunal Constitucional configura la ruptura del principio de buena fe, como requisito cumulativo con el anterior para la afirmación del carácter abusivo de la huelga.

El concepto de abuso del derecho de huelga lleva, en consecuencia, implícito el quebrantamiento del deber de buena fe, deber que conforme al art. 7.2 CC ha de presidir el ejercicio de cualquier derecho. Ello es posible porque, aunque la huelga supone el letargo de determinados deberes recíprocos de los sujetos del contrato, entre ellos no se cuenta el de buena fe, que permanece latente durante su desarrollo.

La huelga, como medida de presión, persigue la ocasión de un daño al empresario de manera intencionada para la consecución de determinadas mejoras; de modo que el deber de buena fe queda ciertamente relativizado durante la huelga. La buena o mala fe se reflejará en la entidad del daño ocasionado, pues se dice que los trabajadores no deben buscar deliberadamente un daño desproporcionado en el empresario.

En la doctrina del Tribunal Constitucional, la intencionalidad de los huelguistas se configura como elemento subjetivo del injusto, cuya concurrencia habrá de deducirse de los hechos probados<sup>68</sup>. En consecuencia, si dicha intencionalidad no queda demostrada, no será posible obtener el resarcimiento de los daños que la huelga haya ocasionado.

En la valoración del elemento subjetivo o intencional, habrán de tenerse en consideración las circunstancias del caso concreto. Así, no merece el mismo desvalor el daño ocasionado por una huelga con efectos desproporcionados que haya sido convocada por un sindicato (sin duda con mayor experiencia y conocimiento en cuanto a las consecuencias jurídicas y fácticas de la convocatoria), que el procedente de una huelga convocada por los propios trabajadores.

Siguiendo este razonamiento, habría que atender igualmente a la existencia o no de precedentes judiciales respecto de modalidades de huelga de dudosa calificación, dado que no existe en nuestro sistema una instancia judicial previa, ni un mecanismo interdictal, que permita valorar la legalidad de la huelga.

Para completar la panoplia de actuaciones que pueden dar paso a la responsabilidad civil por daños, es preciso aludir a los actos ilícitos colaterales a la huelga. La huelga puede venir acompañada de conductas que, con independencia de la calificación que merezca el conflicto en general, son antijurídicas por constituir, bien un

incumplimiento de deberes contractuales del trabajador, bien la vulneración de determinados derechos y libertades de terceros, de los que el ejercicio del derecho de huelga no puede constituir un impedimento. Llegado el caso, el daño indemnizable comprenderá todo perjuicio de índole material, corporal o moral, originado por cualquiera de los mencionados actos.

a) En el primer género de conductas ilícitas se encuadran aquellas acciones que atentan contra el patrimonio del empresario, tales como los daños en la infraestructura y bienes de la empresa, o el incumplimiento de los servicios de mantenimiento. El carácter antijurídico de dichos comportamientos es claro, pues durante la huelga tanto el deber de obediencia, como el deber de buena fe y sus concretas manifestaciones permanecen en activo, siquiera modulados y limitados en su significado por el contenido y finalidad del derecho de huelga, por lo que cualquier conducta que suponga una infracción de los mismos y de la que se deduzca un daño para la empresa dará lugar a responsabilidad resarcitoria. Pero además, las referidas actuaciones contravienen lo prescrito por la normativa sobre desarrollo de la huelga respecto de la publicidad pacífica y los servicios de mantenimiento (art. 6, 6 y 7 DLRT). De ahí que, como se razonará posteriormente, según se incida en la naturaleza del comportamiento como incumplimiento o como ilícito, responderán los autores por vía contractual o extracontractual.

Es irrelevante a efectos de calificar la antijuridicidad de la conducta, que los perjuicios se ocasionen por acción u omisión del huelguista, cual ocurre cuando éste incumple los servicios de mantenimiento. Con todo, la legitimidad de la orden empresarial de fijación de los citados servicios es presupuesto de la antijuridicidad de su falta de prestación. En este sentido es preciso que dichos servicios hayan sido correctamente designados con el concurso del Comité de huelga; en caso contrario, la orden empresarial no habría de generar deber de obediencia, ni su incumplimiento responsabilidad disciplinaria o civil.

b) A la segunda categoría de actos ilícitos pertenecen, entre otros, los comportamientos que entran en colisión con otros derechos y bienes esenciales para la comunidad y ajenos al propio interés de la relación laboral, así como los que atentan contra la libertad de trabajo de los no-huelguistas, o contra la integridad física de trabajadores y clientes de la empresa. De esta manera, la negativa a prestar los servicios mínimos esenciales, la ocupación ilegal del centro de trabajo y la participación en piquetes coactivos, en cuanto conductas antijurídicas, pueden hacer incurrir a los huelguistas en responsabilidad civil por daños, sea la huelga legal o ilegal.

Es cierto que la mayoría de dichos comportamientos, constituyen igualmente incumplimientos de deberes laborales del trabajador, relativos a la convivencia y respeto a compañeros y clientes de la empresa, y como tales son sancionables por el empresario incluso con el despido, según el art. 54.2.c) ET. Sin embargo no corresponderá a éste la legitimación activa para reclamar el resarcimiento de los daños ocasionados a terceros. En estos casos, legitimados son los afectados (trabajadores o clientes de la empresa), y puesto que no les une relación contractual alguna con los huelguistas, la vía adecuada será la de la acción aquiliana (arts. 1902 y siguientes CC).

No es difícil imaginar que alguna de estas actuaciones pueda estar tipificada en nuestro texto punitivo, mas ello no será óbice al nacimiento de la responsabilidad civil del huelguista, en cuanto «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados», según el art. 109.1 CP. La llamada responsabilidad civil ex delicto puede tener su origen, no sólo en el delito de coacciones específicamente referido a la huelga, y tipificado en el art. 315.5 CP, sino en cualquier otra acción subsumible en alguno de los delitos contemplados por el citado Código, como ocurrirá en el caso de agresiones físicas (art. 147 CP) o coacciones al empresario y directivos (art. 172 CP), de las injurias o calumnias referidas a sus personas (arts. 205 a 210 CP), o de los daños ocasionados en los bienes y propiedades del empresario (art. 263 CP).



A los efectos de determinar la existencia de un hecho delictivo en la acción del huelguista, así como su consideración como delito, es preciso sin embargo tener en cuenta el «alto grado de tensión conflictiva» existente durante la huelga. Sobre todo en lo que respecta a determinadas conductas, como los insultos o amenazas, que pueden resultar normales o habituales en la huelga dado el estado de ánimo de los participantes. Es en este sentido, en el que se predica la necesidad de tomar en consideración el contexto del conflicto para valorar la antijuridicidad de las conductas que en él se desarrollan, aunque ello, claro está, siempre dentro de un límite, pues determinadas acciones extremas, como el hurto y las agresiones físicas, no pueden quedar justificadas por la situación de huelga.

Dependiendo del bien producido o servicio prestado por la empresa, así como de las circunstancias en las que se desarrolla la huelga, la misma puede ocasionar daños no sólo al empresario, sino también a los trabajadores no-huelguistas, los clientes de la empresa, los usuarios de los servicios que ésta presta, e incluso a terceros individuos totalmente ajenos al círculo empresarial; de ahí que, en teoría al menos, quepa plantear la extensión del ámbito de la responsabilidad de huelguistas y organizadores de la huelga a los daños ocasionados a estos otros sujetos.

En la práctica, sin embargo, la pretensión indemnizatoria del no-huelguista, el cliente o el tercero, se verá raras veces satisfecha sobre los patrimonios de los partícipes u organizadores del paro. Las causas a que esto obedece se exponen a continuación, sin más dilación que la precisa para recordar el temor de doctrina y tribunales de dar pie a una generalización de reclamaciones que limite en exceso el ejercicio del derecho de huelga.

El controvertido derecho a retribución en ausencia de prestación como consecuencia de la huelga. En no pocas ocasiones la huelga exporta sus efectos a quienes no quisieron tomar parte en ella por no coincidir con su planteamiento o finalidad o, más normalmente, para evitar la pérdida del salario que aquélla conlleva.

Es, en efecto, posible que los no-huelguistas vean impedida su prestación laboral, bien por la actuación de piquetes coactivos o de una huelga externa a la empresa, bien porque al empresario le sea imposible aceptar su ofrecimiento de trabajo, como suele ocurrir en determinadas organizaciones del trabajo en cadena o por secciones concatenadas, en las que el paro de determinados trabajadores origina la paralización del resto. La mencionada ausencia de prestación laboral trae consigo una nueva polémica en torno al derecho de estos trabajadores al mantenimiento de sus ingresos y, en caso de asistirles ese derecho, en cuanto a los sujetos responsables de su abono o resarcimiento. Suponiendo que haya existido puesta a disposición por parte de los trabajadores, de la que se deduzca su voluntad de incorporarse a su puesto de trabajo, la doctrina judicial viene afirmando que, en virtud del art. 30 ET, los no-huelguistas conservarán el derecho a la retribución pese a la falta de prestación en sentido material. Y ello siempre y cuando el empresario no haya acudido a alguno de los mecanismos de suspensión de los contratos de trabajo de aplicación a estos supuestos, lo que determinaría su exoneración de la obligación retributiva.

En la práctica, sin embargo, la posibilidad de que el tribunal concluya la existencia de una causa suspensiva de la relación laboral, cuando ha mediado puesta a disposición del trabajador no-huelguista, es remota. Normalmente se reduce al cierre patronal como reacción empresarial en casos de grave alteración del proceso productivo que impida la total o correcta prestación del trabajador, regulada en el art. 12.c) DLRT. Con menor probabilidad se apreciará la concurrencia del supuesto de hecho a que se refiere la suspensión por fuerza mayor, o por causas económicas, organizativas o de producción. En verdad, la fuerza mayor se ha venido limitando en su aplicación judicial a los casos en los que ni tan siquiera ha existido puesta a disposición del trabajador. La jurisprudencia entiende que forma parte del riesgo empresarial afrontar las consecuencias de una situación de huelga en la empresa, apreciando sólo la existencia de fuerza mayor en casos excepcionales: cuando se trata de una huelga externa a la empresa, de la acción de piquetes coactivos o de la ocupación del centro de trabajo, en

la medida en que el empresario no haya podido prever o evitar tales circunstancias, tal como se deduce del art. 1105 CC.

De lo anterior se deduce que la llamada «teoría de las esferas» acuñada por la doctrina alemana (Sphärentheorie), según la cual es imputable a los trabajadores la interrupción de la prestación laboral que tenga su origen en la esfera social entendiendo las huelgas como fenómenos subsumibles en la misma, y a los empresarios la interrupción que proceda de la esfera empresarial, no ha tenido aceptación en nuestra jurisprudencia que, con las comentadas salvedades, ha entendido aplicable el art. 30 ET.

Sentado que en circunstancias normales de puesta a disposición el trabajador no-huelguista conserva su derecho al salario, de cuyo pago es el empresario el sujeto responsable, sólo en los supuestos excepcionales anteriormente mencionados, en que se proceda legalmente a la suspensión de los contratos, y en los que por tanto los trabajadores no pueden ir contra el empresario exonerado de sus obligaciones, cabría plantear la posible responsabilidad de los huelguistas y/o del sujeto colectivo convocante respecto del perjuicio que para aquéllos supone la pérdida de su salario. En este sentido se ha afirmado que «la posibilidad de solicitar el resarcimiento de daños frente a los huelguistas desaparece o, al menos, queda supeditada al previo agotamiento de las posibilidades de obtener los salarios no percibidos del empresario».

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con otros perjuicios, como los que puedan deducirse de eventuales agresiones físicas o daños en sus vehículos y efectos particulares, la probabilidad de que los no-huelguistas logren la indemnización del perjuicio causado por la pérdida de los salarios, mediante la acción resarcitoria sobre el patrimonio de los huelguistas o del sindicato convocante, es realmente lejana. Analicemos, no obstante, caso por caso, las expectativas de resarcimiento de los no-huelguistas.

Muy raramente tratándose de una huelga legal de los trabajadores de la propia empresa logrará el empresario acreditar las circunstancias que justifican la suspensión de los contratos, de manera que al no quedar exonerado de su obligación retributiva, los no-huelguistas se dirigirán contra éste mediante una reclamación de salarios, y no contra los huelguistas.

Pero, aun en el supuesto de que el empresario obtenga dicha suspensión, y por tanto quede exento del pago de los salarios a los no-huelguistas, la doctrina es contraria a hacer responsables a los huelguistas del perjuicio sufrido por los demás trabajadores, y ello fundamentalmente debido a que los partícipes en huelga legal están ejercitando su derecho y, como se vio, del uso legítimo de un derecho no pueden derivarse consecuencias negativas para el titular. Se ha afirmado además, que puesto que los no-huelguistas se ven beneficiados en caso de triunfar las pretensiones de los trabajadores que efectivamente secundan el paro, no sería equitativo que además tengan derecho a ser indemnizados por los huelguistas que sacrifican su salario para la consecución de dichas reivindicaciones.

En caso de huelga ilegal. Cuando la huelga es ilegal, puede plantearse alguna de las siguientes situaciones:

a) Que no se dé ninguno de los supuestos de hecho que justifican el cierre o la suspensión o que, aun dándose, el empresario no cumplimente los requisitos formales que requieren el cierre patronal o la suspensión por fuerza mayor o causas económicas, organizativas, etc. En tal caso nacerá el derecho de los no-huelguistas al abono del salario por parte del empresario, y no al resarcimiento de daños y perjuicios. Obviamente, de no ser abonados los salarios, es posible efectuar la correspondiente reclamación judicial por salarios, reproduciéndose la situación arriba expuesta.

b) Cabe, sin embargo, que el trabajador no-huelguista no tenga derecho al salario, lo que ocurrirá cuando el empresario haya procedido legalmente al cierre patronal o a la suspensión del contrato por fuerza mayor o causas económicas, etc. Es entonces, cuando quizá pudiera exigirse a los trabajadores huelguistas o al sujeto convocante la responsabilidad extracontractual por el perjuicio derivado de la suspensión de su actividad y, por tanto, de la pérdida del salario. Tal afirmación tiene su principal fundamento en que los actos de los trabajadores huelguistas ya no se pueden encuadrar en el ejercicio del derecho de huelga, que excluye la antijuridicidad de su conducta.

Hay quien sostiene, sin embargo, que aún en este caso no existe un derecho al resarcimiento de la pérdida del salario contra los huelguistas. Se razona en este sentido, que los no-huelguistas se hubieran beneficiado de haber tenido éxito la huelga, o que la pérdida del salario no se deriva en estos casos de la huelga, sino de la suspensión del contrato por cierre u otras causas, con lo que el nexo causal se interrumpe. A ello se suma la dificultad de demostrar en este caso la existencia del daño, puesto que no ha habido prestación laboral por parte del no-huelguista, aunque se podría alegar un lucro cesante, «la suma equivalente a los salarios dejados de percibir».

En caso de actuaciones ilícitas que impiden la puesta a disposición de los no-huelguistas. Con independencia de la calificación que el conflicto merezca, la posibilidad de resarcimiento es mayor en aquellos casos en que la falta de prestación se debe a conductas ilícitas, distintas de la alteración del proceso productivo a consecuencia de la mera cesación de la prestación laboral por parte de los huelguistas; en definitiva, cuando es consecuencia de conductas tendentes a coartar o limitar la libertad de trabajo, tales como la ocupación ilícita del centro de trabajo, el sabotaje de la maquinaria, la actuación de piquetes coactivos impidiendo el acceso a la empresa o la incorporación a los puestos de trabajo, etc.

Entonces, la responsabilidad de los huelguistas que han participado personalmente en las conductas descritas queda plenamente justificada por la conexión directa existente entre las mismas y la falta de prestación de quienes tenían intención de trabajar, sin intermediar factor organizativo alguno en base al cual atribuir al *periculum obligationis* del empresario las consecuencias de dichos actos. En estas circunstancias, nuestro Derecho permite al empresario liberarse de cargas, acudiendo al cierre patronal ex art. 12.1.b) DLRT o, si la situación de peligro no es generalizada, a la suspensión de concretos contratos de trabajo conforme al art. 45.1.i) ET. Por consiguiente, la responsabilidad por la pérdida de salarios sería imputable a los huelguistas que participaron en los hechos ilícitos y, en su caso, al sindicato que los instigó.

Responsabilidad por daños distintos de la mera pérdida del salario. En conclusión, salvando las actuaciones indicadas, y dadas las reservas expuestas, doctrina y jurisprudencia tienden a limitar la responsabilidad de los huelguistas frente a los trabajadores no participantes en el paro, a los perjuicios que excedan de la mera pérdida de su salario, tales como los derivados de daños inferidos a su persona o bienes.

Responsabilidad civil subsidiaria por daños derivados de ilícito penal. Respecto de los daños sufridos por los no-huelguistas como consecuencia de actuaciones delictivas acaecidas durante la huelga, quizá pudiera exigirse al empresario la responsabilidad subsidiaria a que se refiere el art. 120.4 CP, dado que la jurisprudencia penal tiende a la objetivación de la responsabilidad establecida conforme al citado precepto. En efecto, de antiguo ha bastado la existencia de relación laboral de dependencia para trasladar a éste la responsabilidad civil del trabajador (responsable directo) insolvente, en consecuencia, esta responsabilidad subsidiaria no se halla basada en la culpa «in vigilando» o «in eligendo», sino que se trata de una responsabilidad «in re ipsa».

Aun cuando el empresario podría alegar que el daño fue producido con extralimitación notoria de las obligaciones laborales, entendiendo por tal, la

desobediencia clara de órdenes expresas, no es claro que tal argumento le procurara la exoneración de dicha responsabilidad, puesto que el móvil de la conducta continúa siendo una reivindicación laboral, conectado desde esta perspectiva con la relación de trabajo.

Responsabilidad civil directa ex art. 1903 CC. Contrariamente a lo que ocurre en la responsabilidad civil derivada de delito, el art. 1903 CC configura una responsabilidad aquiliana del empresario directa y solidaria con su dependiente, que no requiere de la previa insolvencia del trabajador causante y culpable de los daños a sus compañeros. En este caso, como en los demás de responsabilidad por hecho ajeno a que se refiere el art. 1903 CC, se presume la culpa de las personas declaradas responsables, salvo prueba en contrario. Se trata, de otro lado, de una responsabilidad objetivada, quedando «reducida a la nada la excepción exonerante de haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», a que se refiere el último párrafo del art. 1903.

No obstante, de resultar el empresario responsable por esta vía, si «paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho», conforme a lo previsto en el art. 1904 CC.

Responsabilidad contractual del empresario por daños ocasionados a clientes o usuarios. La imputación a huelguistas y sindicatos de los daños derivados de la huelga a los usuarios del servicio, también ha dado lugar a cierta polémica doctrinal. Así, un sector de la doctrina entiende que el usuario del servicio o cliente de la empresa no puede reclamar la indemnización de los daños a los huelguistas o a los organizadores del paro, ni siquiera cuando el daño se deba a un incumplimiento de los servicios esenciales, por entender que en dicho supuesto quien debe responder es el empresario.

Es indiferente al respecto que el empresario sea un sujeto privado o la Administración pública. Como se sabe, la Administración responde, de manera objetiva, de los daños y perjuicios derivados del mal funcionamiento de los servicios públicos, en virtud los arts. 106. 2 CE y 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

La responsabilidad del empresario se fundaría, en primer lugar, en que es éste quien asumió un compromiso con el usuario o cliente del servicio. Junto a ello, difícilmente cabe alegar la situación de la huelga legal de los propios trabajadores como fuerza mayor, con el fin de eludir la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la empresa, si bien en este punto la jurisprudencia no es unánime.

Responsabilidad extracontractual por daños a clientes, usuarios y terceros. Desde luego, en la medida en que exista un vínculo contractual con el cliente o usuario, no parece lógico negar la responsabilidad contractual del empresario para con los clientes y usuarios, pero ello no es incompatible con la existencia de una responsabilidad aquiliana o extracontractual de los huelguistas o sujetos colectivos respecto de los mismos, siempre y cuando se trate de huelga ilegal o de acto ilícito colateral al conflicto. La existencia de un vínculo contractual no puede configurarse como elemento determinante de la responsabilidad resarcitoria, pues ésta se ha previsto tanto para el incumplimiento de obligaciones contractuales, como para la realización de cualquier acto antijurídico en general, del que se derive un daño para un tercero, como recuerda el art. 1902 CC.

Por la misma razón, pese a la inexistencia de relación contractual, también el empresario podría contraer responsabilidad por los daños provocados por la huelga a un transeúnte. El perjudicado podría, en efecto, ejercitar contra el empresario la acción aquiliana prevista en el art. 1903 CC. Dicho precepto establece que la obligación de



indemnizar también procede por los actos de aquéllas personas por las que se debe responder, citando entre otros supuestos el aquí aplicable de «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones». Esta responsabilidad no excluye, sino que es solidaria con (y trae su causa de) la responsabilidad de los huelguistas por actos propios ex art. 1902 CC, cuya participación en los hechos habrá de ser demostrada.

En cualquier caso, dada la comentada tendencia jurisprudencial a objetivar la responsabilidad civil del empresario por sus dependientes, de poco sirve insistir en su naturaleza originariamente subjetiva —o, si se prefiere, cuasiobjetiva y no plenamente objetiva, pues raras veces se dará por probada la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

En este punto, cabe plantear si el empresario podrá justificar su actuación diligente en la mera fijación de los servicios de mantenimiento, cuyo incumplimiento por los trabajadores designados determina el daño. Existe un precedente en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 1993, sobre la acción indemnizatoria por daños y lesiones corporales sufridos por una transeúnte, alcanzada por la espiral metálica correspondiente al cable telefónico del auricular instalado en una cabina, que se hallaba suelto y tirado en la acera desde hacía tres o cuatro días, sin ser retirado por la compañía encargada. Ésta última alegó que la reparación había sido imposible, pues cuando el accidente se produjo, existía una situación de huelga total en la empresa, en la que los empleados no habían prestado los servicios mínimos (de mantenimiento, se entiende). El Tribunal Supremo rechaza tal argumento por considerar que la empresa debió evitar el riesgo evidente y público que suponía el cable suelto, acudiendo a sus propios medios o incluso a ajenos. El incumplimiento por los trabajadores de los servicios de mantenimiento no determinó la ruptura del nexo causal entre el daño y la defectuosa prestación del servicio público, pues era exigible una «mayor diligencia y actividad de la sociedad». Aunque la sentencia no se expresa en

exactamente en estos términos, parece exigir a la compañía una diligencia mayor a la fijación de los servicios de mantenimiento, que en este caso se hubiera logrado con la sencilla acción de eliminar el cable suelto.

Reconocida la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños ocasionados a terceros por sus trabajadores en huelga, queda por ver si podría repetir a los huelguistas lo abonado en su nombre, como autoriza el paradójico art. 1904 CC. Limitada esta posibilidad a los casos de huelgas ilegales, o de actos ilícitos durante la huelga, sería preciso en todo caso individualizar el daño en la conducta de concretos trabajadores.

### El Sujeto Responsable

Pluralidad de facultades jurídicas y pluralidad de sujetos implicados. Dejando a un lado la responsabilidad por daños a terceros, y una vez establecidos los parámetros que permiten delimitar el supuesto de hecho en que el empresario podrá reclamar la indemnización de los perjuicios derivados del recurso ilegítimo a la huelga, procede a continuación identificar al sujeto contra el cuál se puede dirigir dicha reclamación. La respuesta del Derecho civil a este interrogante puede parecer sencilla: sujeto responsable será aquél a quien quepa imputar objetivamente el daño resarcible ocasionado por su conducta ilegítima. Sin embargo la aplicación de este principio civilista a la situación de huelga no carece de escollos, y ello porque la huelga es un acto colectivo, en el que se implica una pluralidad de sujetos, tanto en su promoción como en su desarrollo. Muchas líneas se han dedicado a interpretar la clásica formulación del derecho de huelga, como derecho de titularidad individual y de ejercicio colectivo. En verdad, se trata de un derecho complejo, ya que comprende un haz de facultades de titularidad diversa, colectivas unas e individuales otras, cuyo mal uso puede dar lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios que aquí se trata, implicando alternativa o simultáneamente a una pluralidad de sujetos, los titulares de dichas facultades.

Precisamente con el fin de identificar al sujeto responsable de los daños, las líneas que siguen se dedican al empeño de determinar la conexión entre el daño originado y los actos de los distintos sujetos que intervienen en la huelga, convocándola, organizándola o participando en ella. Para ello, parece conveniente analizar esta problemática desde la doble perspectiva de la ilegalidad de la huelga en general y de la ilicitud de determinadas conductas individuales cualquiera que sea la calificación de la huelga.

Concurrencia de causas. De la elección de la modalidad de la huelga, así como del momento y finalidad de su convocatoria, dependerá la calificación de la misma como legal o ilegal. Y no cabe duda de que la facultad de convocatoria, que a su vez conlleva la de elección del tipo de huelga, es de ejercicio colectivo. El art. 3.2 DLRT establece que la convocatoria de esta medida de presión requiere el acuerdo de los representantes de los trabajadores o de los propios trabajadores. Junto a los anteriores, la STC 11/1981 reconoció la facultad de convocatoria de los sindicatos con implantación en el ámbito de la huelga. En definitiva, ha de existir un sujeto colectivo convocante, el cual debe responder del mal ejercicio de sus facultades.

Es preciso además tener en consideración que, en nuestro ordenamiento la huelga es al menos formalmente un derecho de titularidad individual, que se realiza mediante la cesación de la actividad laboral de cada trabajador, siendo precisamente esta conducta de adhesión al paro convocado la que actualiza el daño.

En consecuencia, desde un punto de vista material, el daño indemnizable tiene su causa tanto en la convocatoria como en el paro. De tomar como única referencia la existencia de un nexo causal entre el daño provocado y las acciones mencionadas, la responsabilidad indemnizatoria habría de corresponder a ambos sujetos. Ahora bien, sin negar la existencia de relación de causalidad entre la conducta de los huelguistas y el

resultado dañoso, no por ello el daño será necesariamente imputable a los mismos. La imputación objetiva del daño no es una cuestión de hecho, sino claramente jurídica, «un problema de valoración a resolver con las pautas, más o menos precisas, ofrecidas por el sistema normativo de responsabilidad».

Técnicas de imputación del daño: naturaleza del sujeto convocante y causa de la ilegalidad de la huelga. En caso de huelga ilegal es lógico buscar la responsabilidad indemnizatoria en el sujeto colectivo convocante, dado que es éste el que ha elegido la modalidad de huelga cuya puesta en práctica ocasionó los daños. Ahora bien, mientras que en el supuesto del sindicato convocante la atribución de responsabilidad no ofrece dificultad, no ocurre lo mismo cuando el sujeto convocante no tiene naturaleza sindical. Tanto el órgano de representación unitaria, como la asamblea de trabajadores carecen de personalidad jurídica y patrimonio propio, y por consiguiente no pueden ser titulares de obligaciones o hacer frente a éstas, como tales sujetos distintos de sus miembros.

La reclamación indemnizatoria al sujeto convocante ha de basarse pues, en técnicas diversas de imputación del daño, en función de los distintos factores que pueden concurrir en cada huelga, tales como la naturaleza del ente organizador, o la causa de la antijuridicidad de la convocatoria. Por esta razón, el estudio relativo a la responsabilidad del sujeto convocante se abordará separadamente, según éste posea o no naturaleza sindical.

#### A) Responsabilidad del sindicato convocante

Fundamento jurídico: el art. 5.1 LOLS. El cauce legal para imputar al sindicato convocante las consecuencias derivadas de la huelga ilegal, se halla sin duda en el art. 5.1 LOLS, que afirma expresamente la responsabilidad del sindicato por «los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios en la esfera de sus respectivas competencias». El sindicato por tanto responderá en este caso como persona jurídica

distinta de la de sus afiliados, y mediante su propio patrimonio, por el resultado dañoso derivado del mal ejercicio de la facultad de convocatoria que le compete.

Respecto de la responsabilidad a que alude el art. 5.1 LOLS conviene efectuar algunas precisiones. La actuación de los órganos estatutarios da lugar a la responsabilidad del sindicato por actos propios. El fundamento de la responsabilidad del sindicato no es la existencia de una relación de preponderancia entre el ente y sus subordinados, puesto que los órganos del sindicato no están sometidos al mismo, sino que son partes esenciales del ente sindical, que «hacen actuar a su través a la entidad». Cabe afirmar con un sector de la doctrina que, el fundamento de la responsabilidad del sindicato se halla en el poder de representación de origen legal o estatutario conferido a los órganos sindicales. Así, la alusión del art. 5.1 LOLS a los actos y acuerdos adoptados por los órganos estatutarios «en la esfera de sus respectivas competencias», vendría a recordar las reglas de la representación, y significaría que la actuación del órgano en nombre del sindicato vinculará a éste en la medida en que no sobrepase los límites de su competencia.

Ahora bien, de la amplitud con que se definan las competencias (el poder) de cada órgano, bien con sujeción estricta a las funciones detalladas por los estatutos del ente, o bien atendiendo genéricamente a las funciones encomendadas al órgano, dependerá el ámbito de la responsabilidad del sindicato. Parece lógico que el sindicato responda de los acuerdos alcanzados por sus órganos estatutarios, aun defectuosos desde el punto de vista formal, en tanto sean propios de sus funciones, pues entonces generan una apariencia de regularidad al tercero de buena fe que desconoce las interioridades del sindicato.

Que el ejercicio de dichas funciones en el caso que nos ocupa, la convocatoria de una huelga se realice de manera ilícita, vgr. eligiendo una modalidad mencionada en los arts. 7.2 y 11 DLRT o realizando el llamamiento en un sector en el que no tiene implantación suficiente, no debería determinar la inmunidad del sindicato, porque el art.

5.1 LOLS no condiciona la responsabilidad sindical a que los órganos estatutarios actúen en el ejercicio regular de sus funciones, lo que sí hace expresamente el segundo apartado del mismo precepto, respecto de los representantes voluntarios. Igual conclusión cabe extraer del art. 1902 CC, del que se deduciría la responsabilidad del sindicato por actos propios.

Responsabilidad de las organizaciones sindicales complejas. La compleja realidad de los sindicatos, fruto de la libertad de federación y confederación de las asociaciones sindicales [art. 2.2.b) LOLS], supone una dificultad añadida en la determinación del sujeto responsable de los daños ocasionados por la huelga ilícita. La posibilidad de imputar a la macroorganización o confederación la actuación de las asociaciones constituidas en un ámbito territorial o sectorial inferior, se halla en función de la consideración que merezcan tales asociaciones, como órganos de la organización compleja o como afiliados a ésta.

La confederación está dotada de órganos estatutarios propios y distintos de los de las organizaciones básicas, que por tanto no poseen la naturaleza de órganos estatutarios de aquélla. En consecuencia, la responsabilidad por acto propio, a que se refiere el art. 5.1 LOLS, no es la vía adecuada para imputar a la confederación las consecuencias de la actuación, por ejemplo la convocatoria de una huelga ilegal, por parte de sus organizaciones básicas.

Aun siendo personas jurídicas, las organizaciones miembros tienen la consideración de afiliados a la confederación y, como tales, pueden vincular a la misma en los supuestos excepcionales a que se refiere el art. 5.2 LOLS, cuando actúen como representantes o por cuenta de la confederación. Con carácter general se ha afirmado que, la responsabilidad de la confederación, y de quienes integran sus órganos estatutarios, no excluye la responsabilidad (solidaria) de las organizaciones sindicales miembros.

La diligencia exigible. La parquedad de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en el tratamiento de la responsabilidad del sindicato determina la necesidad de aplicar subsidiariamente las normas de Derecho civil. Una de las cuestiones silenciadas por la normativa sindical se refiere a la determinación del grado de diligencia exigible, cuya inobservancia determinará la imputación subjetiva del daño al sindicato convocante.

Especial atención merecen los supuestos en que al sindicato le asiste una duda razonable respecto de la calificación de la huelga. En efecto, si por culpa o negligencia en los actos se entiende la falta de previsión o de adopción de las medidas para evitar los hechos, difícilmente se podrá calificar de culpable la intervención del sindicato convocante que, aun teniendo dudas sobre la legalidad del conflicto, no ha podido asegurar su posición debido a la ausencia de jurisprudencia o a la postura encontrada de la doctrina al respecto. Tal ocurrirá normalmente cuando se trate de una modalidad de huelga poco ensayada, sobre la que no existen precedentes judiciales, máxime cuando en nuestro ordenamiento no cabe una acción judicial meramente declarativa sobre la calificación a priori del conflicto, mediante cuyo recurso puedan los interesados despejar sus dudas.

Pretender en estos casos que «ante la duda» se abstenga el sindicato, supone limitar la libertad que tiene, como sujeto convocante, de elegir la modalidad de huelga deseada. Asimismo ello comportará una repercusión negativa respecto de la efectividad de la huelga finalmente elegida y de la capacidad de acción del propio sindicato, que nunca asumirá el riesgo de ensayar prácticas huelguísticas novedosas y efectivas, si puede resultar responsable civil por los daños que se deriven de una modalidad de huelga aún no catalogada.

Las razones apuntadas quizá pudieran justificar la exoneración del sindicato convocante de una huelga ilegal en los supuestos mencionados, debido a la ausencia de culpa o negligencia, por más que el acto de convocatoria sea antijurídico.

Modalidades de responsabilidad. En suma, con las reservas expresadas anteriormente, la convocatoria de una huelga ilegal por el ente sindical puede dar lugar a la responsabilidad civil del mismo, tanto contractual como extracontractual o aquiliana, según los casos. Concretamente, dependerá de la causa de la que provenga la ilegalidad del conflicto, causa que puede hallarse, ora en el incumplimiento de lo pactado, ora en la conculcación del principio general de no dañar. Entre otras consecuencias, el tipo de responsabilidad determina el plazo de prescripción a que la acción resarcitoria se halla sujeta: de quince años para la contractual (art. 1964 CC), de uno para la aquiliana (art. 1968.2 CC).

Responsabilidad contractual. La responsabilidad contractual del sindicato nace cuando la ilegitimidad del acto consiste en el incumplimiento de lo pactado en convenio colectivo. Es el caso de la inobservancia del deber de paz implícito, entendido como deber de respetar lo pactado que se deduce de cualquier contrato (art. 1258 CC), de suerte que la responsabilidad contractual también se deriva del incumplimiento de convenios extraestatutarios.

Algún autor ha postulado además la naturaleza contractual de la responsabilidad indemnizatoria por los daños ocasionados por huelga ilegal o abusiva convocada durante la negociación de un convenio, por considerar que dicha medida atentaría contra el deber de negociar de buena fe, aludido expresamente en el art. 89.1 ET.

Asimismo el sindicato firmante del convenio responde por esta vía del incumplimiento de cláusulas de renuncia al derecho de huelga y de tregua sindical, introducidas expresamente en el convenio con fundamento en los arts. 8.1 DLRT y 82.2 ET:



a) Las cláusulas de renuncia al ejercicio del derecho de huelga, cuya naturaleza es obligacional, vinculan exclusivamente a los sujetos firmantes del convenio, que renuncian al ejercicio de facultades colectivas, mas no impiden a los huelguistas la adhesión al conflicto ya convocado, así como tampoco a otros sujetos que no negociaron el convenio. Ahora bien, las cláusulas de renuncia imponen al sindicato firmante del convenio no sólo la obligación de no convocar huelgas, sino también de influir en sus afiliados para que respeten el citado compromiso. Por consiguiente, de ser convocada una huelga por los afiliados, o de adherirse éstos a una huelga convocada por otro sindicato, éste respondería contractualmente por incumplimiento de su obligación de evitar tales actuaciones en virtud de los arts. 5.1 LOLS y 1101 CC, no por actos ajenos de sus afiliados ex art. 5.2 LOLS.

b) Por lo que se refiere a las cláusulas de tregua sindical o de fijación de determinados cauces para la solución de conflictos, su naturaleza obligacional o normativa no es pacífica en nuestra doctrina. Y si bien dicha naturaleza no condiciona la responsabilidad contractual del sindicato firmante, sí puede determinar que otros sujetos colectivos puedan responder con aquél, de considerar que conforman el contenido normativo del convenio. No obstante, de hacerlo, los sindicatos no firmantes responderían por vía extracontractual, dado que no incumplen lo pactado por ellos sino lo establecido en la norma convencional.

Responsabilidad extracontractual. La convocatoria de una huelga con el fin de alterar lo establecido en el convenio durante su vigencia, por un sindicato no firmante del mismo, no constituye un supuesto de responsabilidad contractual, pues lo que incumple no es un contrato del que es parte, sino el deber legal de paz laboral ex arts. 11.c) DLRT y 82.3 ET. Al establecer la eficacia normativa del convenio, los citados preceptos imponen el respeto del mismo, prohibiendo el recurso a la huelga novatoria durante su vigencia, no sólo a los sindicatos firmantes del convenio, sino a todos los sujetos de su ámbito de aplicación. La responsabilidad del sindicato convocante procederá en este último caso por vía extracontractual.

Junto al mencionado supuesto de inobservancia del deber legal de paz, la responsabilidad aquiliana del sindicato convocante operará con carácter general, cuando la antijuridicidad de la huelga convocada no se deba al incumplimiento de lo pactado por el mismo, sino a la vulneración de la normativa legal sobre la forma y fin de la huelga y, en definitiva, del principio general de no dañar.

#### B) Responsabilidad del sujeto convocante no sindical

En ocasiones, son los representantes unitarios o los propios trabajadores reunidos en asamblea quienes acuerdan convocar la huelga. El ordenamiento laboral guarda silencio en cuanto a la atribución de la responsabilidad derivada de la convocatoria de huelgas ilegales por estos sujetos. Así pues, de nuevo es preciso acudir a los principios del Derecho común de obligaciones en materia de responsabilidad, aunque teniendo en consideración las previsiones legales que, con carácter general, regulan la actuación de los representantes unitarios.

La imputación de responsabilidad al órgano colectivo como titular de la facultad de convocatoria presenta serios inconvenientes, dado que el comité de empresa ni tiene personalidad jurídica propia, ni ha sido dotado de un patrimonio separado con el que poder responder de las consecuencias de sus actos. En este sentido se ha afirmado que «dada su especial configuración jurídica, y el carácter más bien personalista de sus miembros, difícilmente se les podrá exigir responsabilidad». El aludido carácter individualista se acentúa, cuando se trata de los delegados de personal, o cuando son los propios trabajadores quienes han convocado directamente la huelga.

Planteadas las dificultades que presenta la atribución de responsabilidad al órgano como tal, caben dos soluciones: a) la imputación de los daños ocasionados por la huelga al sindicato al que estén afiliados los representantes unitarios o los huelguistas

que participaron en la asamblea de convocatoria, cuando ello sea posible, o en otro caso, b) la imputación personal a los miembros del sujeto colectivo.

a) Imputación al sindicato de los actos de convocatoria en que intervengan delegados sindicales o meros afiliados

Presupuestos. La primera fórmula de resarcimiento se basa en la imputación al sindicato de las consecuencias de los actos de quienes son sus afiliados, en el entendimiento de que éstos representan a aquél en la empresa o actúan por cuenta del mismo. Presupuesto de dicha imputación sería la existencia de una relación de dependencia o subordinación de los afiliados para con el sindicato. Suponiendo que el sindicato eligiera a sus afiliados y delegados sindicales, cabría vincular el patrimonio sindical a los actos de los afiliados, si fuera de aplicación analógica al sindicato lo establecido en el art. 1903 CC sobre responsabilidad por hecho ajeno, con fundamento en una presunción de culpa por falta de vigilancia (in vigilando) o por desacertada elección (in eligendo), o si se prefiere, por la necesidad de responder de las consecuencias del riesgo derivado de la propia actividad.

Inexistencia de presunción legal de culpa del sindicato: necesidad de prueba. Ocurre, sin embargo, que la presunción de culpa opera con carácter excepcional en los supuestos legalmente tasados, y en el precepto relativo a la responsabilidad del sindicato por sus afiliados tal presunción no aparece recogida. De otro lado, lo cierto es que los trabajadores se afilian al sindicato mediante un acto voluntario de adhesión, tras el cual no pierden su autonomía o libertad de actuación.

De ahí que, únicamente se puedan imputar al sindicato los actos de sus afiliados, cuando se cumpla lo establecido con carácter general en el art. 1902 respecto de la responsabilidad extracontractual, lo que en este punto significa que la culpa del sindicato ha de ser probada y no se puede presumir. En cuanto a los extremos cuya existencia ha de quedar probada, habrá que demostrar la participación del sindicato en los actos de convocatoria de sus afiliados, por lo que en definitiva sólo cabe vincular al sindicato por hechos propios.

La normativa sindical en esta materia no hace sino aplicar los principios de Derecho civil analizados. En principio, según se deduce del art. 5.1 LOLS, no es posible imputar automáticamente al sindicato los perjuicios ocasionados por sus afiliados, en la medida en que no son consecuencia inmediata de los acuerdos o actos de sus órganos estatutarios, y ello aún cuando dichos afiliados estuvieran integrados en el comité de empresa convocante, lo que ciertamente no es inusual, o hubieran participado en la asamblea de convocatoria de la huelga.

En efecto, el art. 5.2 LOLS establece como regla general la inimputabilidad del sindicato por los actos individuales de sus afiliados. No obstante, a renglón seguido, el mismo precepto contempla dos supuestos excepcionales en que el sindicato sí quedará vinculado por las consecuencias de los actos de sus afiliados. Tal ocurrirá cuando siendo los afiliados representantes sindicales, su participación en la convocatoria ilegítima sea consecuencia del ejercicio regular de sus facultades de representación, o tratándose de meros afiliados se demuestre que actuaron bajo consigna del sindicato.

Responsabilidad del sindicato por los actos del afiliado. En primer lugar, del juego de los aptdos. 1 y 2 del art. 5 LOLS se deduce que, no cabe considerar que la condición de afiliado confiera per se un poder de representación por cuenta del sindicato, por lo que los actos de los afiliados tan sólo le vinculan cuando éstos gocen con carácter general de la condición de representante sindical, o bien posean un mandato ad hoc como consecuencia de instrucciones concretas.

La explicación de la norma parece clara: el mero afiliado conserva su libertad de actuación frente a las instrucciones del sindicato lo que, además de ser incompatible con la condición de representante o mandatario, impide presumir que actúa en nombre del sindicato. El anterior argumento se refuerza en el caso de que el afiliado sea representante unitario de los trabajadores pues, como su propio nombre indica, actúa en

nombre del común de los trabajadores a quienes representa, y no del sindicato, aun cuando la realidad demuestra que los órganos de representación unitaria se hallan fuertemente sindicalizados, como se deduce del hecho de que la representatividad sindical se mida en función del número de representantes unitarios pertenecientes a cada sindicato.

En fin, de todo ello se infiere la necesidad de probar la existencia de instrucciones, que demuestren la responsabilidad del sindicato, lo cual no parece tarea fácil. Pero es que además, en el momento en que en el órgano de representación de los trabajadores o en la asamblea que convocan la huelga ilegal existan otros trabajadores que habiendo votado a favor de la misma pertenezcan a distinto sindicato, o incluso no estén afiliados a ninguno, la posibilidad de demostrar la existencia de un nexo causal entre la actuación del afiliado y las consignas del sindicato se hace más compleja.

Responsabilidad del sindicato por los actos del delegado sindical. En lo que se refiere al delegado sindical, en principio su participación en la convocatoria podría vincular al sindicato si actuó dentro de sus funciones representativas (art. 5.2 LOLS). Por esta razón, cuando el delegado sindical participa en la convocatoria de huelga como miembro del comité de empresa, no vincula su actuación al sindicato, ya que no actúa como representante sindical, sino en su calidad de representante unitario.

Ahora bien, cuando el delegado actúa en calidad de representante del sindicato se produce una integración de las voluntades de ambos. El hecho del mandatario afiliado se convierte en hecho del mandante sindicato y, por tanto, éste «viene obligado a soportar los daños que, en la gestión representativa ejercida dentro de los límites establecidos, cause aquél a terceros», pues en caso contrario el sindicato quedará exonerado, como establece el párrafo segundo del art. 1727 CC.

El problema por tanto radica en determinar qué se entiende por actos realizados en el «ejercicio regular de las funciones representativas», si son todos los que realice el representante como tal, o solamente los que lleve a cabo en función de las instrucciones expresas del sindicato o de la sección sindical. Aceptar la primera proposición equivaldría a establecer la culpa in eligendo del sindicato, pero la posibilidad de establecer una presunción de culpa ha sido ya rechazada. La necesidad de probar la culpa del sindicato determina que éste haya tenido que intervenir dando instrucciones concretas al representante, o mostrando su aquiescencia a posteriori respecto del acto de convocatoria o de la huelga ilegal resultante.

No es difícil suponer que los mayores problemas se plantean cuando no existe un mandato expreso, ni previo ni posterior a la convocatoria de la huelga, pues entonces habrá que indagar en la voluntad del sindicato a través de sus actos posteriores a la citada convocatoria, para concluir si hubo aceptación de la actuación del delegado sindical, determinando la existencia de un mandato tácito. La identificación del sujeto responsable se hace especialmente ardua cuando no existen muestras externas de autorización o desautorización del sindicato respecto a los actos del delegado sindical, es decir, cuando guarda silencio. En principio, es posible afirmar que no existe un mandato tácito en tales circunstancias, por lo que los actos de convocatoria de una huelga ilegal por parte del delegado no vincularían civilmente al sindicato.

Ello no obstante, dada la condición de delegado sindical, pudiera crearse una apariencia jurídica de que actúa como representante en nombre del sindicato, de la que se derivará lógicamente una presunción en los huelguistas e incluso en el propio empresario de que el delegado sindical actuó por cuenta del sindicato. En tal caso, no parece descabellado responsabilizar civilmente a éste de la convocatoria efectuada defectuosamente con intervención directa de su delegado, sin perjuicio del derecho a ventilar en el plano asociativo las eventuales responsabilidades derivadas del quebrantamiento de la disciplina sindical, si lo hubo, y de la facultad del empresario de imponer la sanción correspondiente.

En todo caso, lo que parece evidente es que cuando la actuación del delegado sindical haya sido rechazada por el sindicato, el delegado no habrá actuado en el ejercicio regular de sus funciones, por lo que no debería vincular al sindicato.

b) Responsabilidad individual contractual de los miembros del sujeto convocante

Extrapolación al plano individual de las consecuencias de un acto colectivo. La segunda solución, conviene recordar, se refería a la imputación de la responsabilidad con carácter personal a los miembros del comité de empresa. Esta opción presenta a su vez el inconveniente de que los citados trabajadores, que ostentan la representación de los demás, deberían entonces responder de manera individualizada con sus patrimonios personales por las consecuencias de un acto de naturaleza y titularidad exclusivamente colectiva como es el acuerdo y convocatoria de la huelga.

Fundamento jurídico: el incumplimiento del deber contractual de buena fe. En la búsqueda de un fundamento jurídico válido para responsabilizar personalmente a los miembros del sujeto convocante no sindical de los daños derivados de la huelga ilegal, se ha sugerido la posibilidad de realizar dicha imputación, ya no como consecuencia del acuerdo de convocatoria, acto de titularidad colectiva como se dijo, sino como corolario de la conducta individual de los trabajadores miembros del órgano convocante. Dicha conducta se habría caracterizado por la elección de determinada modalidad ilegal o abusiva de huelga, denotando un incumplimiento del deber de buena fe, un incumplimiento, en suma, de las obligaciones contractuales de los trabajadores. De esta suerte, se llegaría a la imputación de la responsabilidad directamente a los miembros del comité de empresa por la vía de la responsabilidad contractual, ya que los daños ocasionados a la empresa son consecuencia del incumplimiento del deber contractual de buena fe.

En verdad, en la actuación de los representantes unitarios se podría encontrar lo que la doctrina ha denominado «conjunción de responsabilidades» extracontractual, como sujeto colectivo no vinculado contractualmente como tal con el empresario (salvo en caso de incumplimiento de cláusulas de paz pactadas en convenios o acuerdos de empresa), y contractual, de cada uno de los representantes, por el incumplimiento de las mencionadas obligaciones derivadas de la buena fe contractual. Planteada esta conjunción, la jurisprudencia civil normalmente ha actuado en beneficio del damnificado, bien concediéndole el derecho a optar por el régimen de responsabilidad que crea oportuno, bien dando a los hechos la calificación (incumplimiento contractual o mero daño a otro) que mejor asegure la condena.

En fin, puesto que la convocatoria es fruto de un acuerdo por mayoría, parece lógico vincular a sus consecuencias a todos los componentes del sujeto convocante, salvo que alguno de ellos se haya opuesto al citado acuerdo de convocatoria.

Pluralidad de sujetos obligados y reparto de responsabilidad. La atribución directa de responsabilidad contractual a quienes integran el sujeto colectivo convocante, plantea un nuevo problema respecto a la forma, solidaria o mancomunada, en que responderán. La opción que se efectúe es trascendental dado que, como se sabe, la responsabilidad solidaria implica que a cualquiera de los responsables se le podría exigir el resarcimiento de todos los daños ocasionados por la huelga, mientras que al obligado mancomunadamente únicamente cabe exigir una parte de la deuda.

Responsabilidad de los representantes unitarios. En el epígrafe anterior hemos concluido que la convocatoria por los representantes unitarios de una huelga ilegal o abusiva puede constituir un incumplimiento del deber de buena fe implícito en sus contratos de trabajo, de modo que tal convocatoria abrirá el mecanismo de la responsabilidad contractual. Caso de ser el Comité de empresa quien convocó la huelga, la normativa aplicable a tal responsabilidad, el art. 1137 CC, establece el principio general de responsabilidad mancomunada en ausencia de norma expresa que determine



la solidaridad en las deudas. Igual solución cabe aplicar a los delegados de personal, respecto de los cuales el art. 62.2 ET establece expresamente que «ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos».

Responsabilidad de los partícipes en la asamblea de trabajadores. En el supuesto de que el sujeto convocante sea la asamblea de trabajadores, cabe reconducir la responsabilidad colectiva derivada de los defectos de dicha convocatoria a la responsabilidad individual de cada huelguista participante en la asamblea; responsabilidad contractual y mancomunada sobre la base del precitado art. 1137 CC. Pero puesto que en los huelguistas coinciden, en este caso, las titularidades de las facultades de convocatoria y de ejercicio del derecho de huelga, conviene tratar la cuestión de las responsabilidades que de su mal uso se derivan conjuntamente. Así se hará en el siguiente apartado.

#### Responsabilidad contractual del huelguista

En caso de huelga ilegal es lógico imputar la responsabilidad indemnizatoria al sindicato convocante o a los miembros del sujeto convocante no sindical. Queda aún por determinar, si la responsabilidad de quien convoca la huelga conduce a la exoneración de responsabilidad de los huelguistas o, por el contrario, la responsabilidad del sujeto convocante debe ser compartida con la de éstos.

Argumentos en favor de la responsabilidad de los huelguistas. Las tesis contrarias a la exoneración de los huelguistas encuentran su apoyo en diversos argumentos, relativos básicamente a la titularidad individual del derecho de huelga, la existencia de nexo causal directo entre su conducta y los daños indemnizables, y la libertad de actuación de los huelguistas.

a) Al iniciar este capítulo se hizo mención a la existencia de una concepción individual del derecho de huelga. El ordenamiento español, lejos de atribuir su titularidad al sindicato, lo hace *uti singuli* a cada trabajador, de donde se sigue que el

daño indemnizable debe atribuirse tanto al sujeto convocante, que decide cómo y cuando hacer la huelga, como a los trabajadores titulares del derecho.

b) De otro lado, y centrando el problema en la relación causa-efecto, se ha afirmado que no existe daño sin cesación de la prestación laboral, por lo que son los trabajadores quienes, con su adhesión a la huelga convocada, han provocado directamente el daño.

c) El tercer argumento viene de la mano del anterior, en cuanto que la citada adhesión del trabajador a la huelga es una decisión libre. El trabajador goza de un derecho al trabajo, y es facultad suya decidir libremente si se suma o no a la huelga convocada, como se deduce del art. 6.4 DLRT. Es más, dicha facultad de libre adhesión a la huelga forma parte del contenido esencial del derecho de huelga, que constituye un derecho y no una obligación. Según esto, un sector doctrinal entiende que, si el trabajador no se halla obligado a adherirse al paro, no cabe pretender que la responsabilidad civil recaiga únicamente sobre el sujeto convocante, excluyendo así la responsabilidad del huelguista. Incluso admitiendo que el sujeto convocante actúa como inductor, se razona que a los huelguistas corresponde el papel de autores materiales de los daños que la huelga pueda ocasionar, y en este sentido se les podrá imputar la responsabilidad indemnizatoria de los daños.

Argumentos contrarios a la responsabilidad de los huelguistas. Las tesis expuestas no se hallan desprovistas de puntos críticos, tanto de índole técnica o formal, en cuanto al reparto de responsabilidad entre el sujeto convocante y los huelguistas individualmente considerados, como de índole material o de fondo, en cuya virtud se ha negado la atribución de responsabilidad a los huelguistas por los daños derivados de la mera cesación del trabajo durante la huelga ilegal. Demos, pues, un repaso a los argumentos que sirven de apoyo a la doctrina contraria a la responsabilidad de los huelguistas.

Atribución de responsabilidades en función de la naturaleza de los intereses afectados. Una primera tesis defiende que la responsabilidad resarcitoria del huelguista dependerá de los intereses lesionados con su conducta. De esta manera, se afirma que no cabe responsabilizar civilmente a los huelguistas por los daños derivados de una huelga abusiva que perjudica estrictos intereses contractuales, ya que altera el principio de reciprocidad de los sacrificios al implicar un daño excesivo para el empresario al menor coste de los trabajadores. Las consecuencias derivadas de un incumplimiento de las obligaciones netamente laborales las relativas a la prestación laboral deben ventilarse por tanto «bajo el perfil de la responsabilidad contractual laboral y no bajo el de la responsabilidad aquiliana».

Cuando los intereses perjudicados rebasan lo estrictamente contractual, para afectar intereses vitales de la comunidad o de la persona (cual sucede cuando las huelgas son políticas, solidarias, o con incumplimiento de servicios mínimos), surge además una responsabilidad resarcitoria, aunque la misma puede quedar absorbida por la sanción de despido, si el daño únicamente ha afectado al empresario. Según esta teoría, en definitiva, es posible que el huelguista incurra en responsabilidad laboral y civil, pero únicamente serán acumulables cuando la responsabilidad exigida sea aquiliana, por daños extralaborales, de manera que cuando el daño indemnizable afecte sólo al empresario, éste no podrá acumular responsabilidad contractual civil y laboral.

Se deduce de esta postura, cierta tendencia a la consideración de incompatibilidad entre el ejercicio de la facultad disciplinaria y de la acción civil resarcitoria por parte del empresario, tendencia contraria a la mantenida por otro sector de la doctrina que, al analizar el incumplimiento de la prestación laboral, y por tanto del deber de diligencia, entiende aplicables ambas consecuencias, sin que sea de invocación el principio non bis in ídem.

Atribución de responsabilidades en función de la naturaleza de la facultad ejercida y del sujeto infractor. Se ha afirmado, de otro lado, que la responsabilidad civil sólo puede ser exigida como consecuencia del ejercicio de facultades colectivas del derecho de huelga, señaladamente la convocatoria de una huelga ilegal, pero no por el «ejercicio de las facultades individuales de adhesión a la huelga, que se vendría a sustanciar en el orden disciplinario de los arts. 16 RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, y 54 ET».

Este principio general sobre el que volveremos inmediatamente es matizado por algunos autores basándose en razones técnicas, responsabilizando a los huelguistas en función de la naturaleza sindical o no del sujeto convocante, pues si se trata de un sindicato, será éste quien responda civilmente, y en caso contrario, responderán tanto los representantes de los trabajadores como los representados huelguistas. El argumento esgrimido consiste en esencia en que únicamente puede responder el sujeto convocante como tal, cuando tenga un patrimonio propio, circunstancia que sólo concurre en el sindicato convocante. Cuando el sujeto convocante no tiene naturaleza sindical, pueden responder los miembros del sujeto convocante individualmente considerados, pero puesto que ello sería demasiado gravoso, se opta por extender la carga resarcitoria a todos los huelguistas.

El problema es que la argumentación de dicha extensión de la responsabilidad, que en un principio se atribuía solo al sujeto convocante, se detiene ahora (y no antes) en que el huelguista es autor material del daño y sin él no se puede dar éste. Mas si se toma este argumento como bueno, debe valer también para el caso en que el sujeto convocante sea un sindicato. Parece, en fin, que se quiere evitar la responsabilidad del huelguista, pero igualmente se ve justo que el empresario sea indemnizado, y para ello se construye esta teoría que pese a lo encomiable de sus objetivos, adolece de cierta contradicción en sus planteamientos.

Una variante de la tesis anterior, partiendo de la misma premisa de que sólo se debe responder civilmente por el mal uso de la facultad colectiva de convocatoria y no por las individuales, postula responsabilizar únicamente al sujeto convocante en caso de huelga sindical. En el resto de los casos, puesto que el sujeto convocante no sindical (comité de empresa, asamblea de trabajadores) carece de personalidad jurídica y patrimonio propio, la responsabilidad por la huelga ilegal se debe atribuir de manera individual a los miembros del comité de huelga y a los trabajadores, pero dicha responsabilidad sería disciplinaria y no civil.

Atribución de responsabilidad al sujeto titular de la facultad incorrectamente ejercida. La convocatoria como acto ajeno al ámbito de control del huelguista. A nuestro parecer, la atribución de responsabilidad ha de realizarse en función de la naturaleza de la facultad cuyo mal ejercicio ha originado el daño indemnizable. Tal postura podría hallar fundamento en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 13/1986, de 30 de enero, sobre responsabilidad disciplinaria de los huelguistas por participación en huelga ilegal como consecuencia de defectos de notificación a los empresarios afectados. En la citada sentencia, además de concluir la legalidad de la huelga, el Tribunal afirmaba que «la legalidad o ilegalidad de la huelga no puede imputarse más que a la declaración pues otra cosa son ya los comportamientos de los huelguistas, que no afecta a la licitud de la huelga misma, y la notificación constituye responsabilidad exclusiva de los declarantes y no puede hacerse recaer sobre sujetos ajenos». Para el Tribunal Constitucional existen en la huelga «dos fases diferenciadas: la convocatoria de la misma y la adhesión a ella de cada trabajador o ejercicio individualizado del derecho», incurriendo por ello en error la Magistratura de Trabajo cuando «imputa al trabajador, o a los trabajadores de una Empresa, una específica responsabilidad por el cumplimiento de unos requisitos cuyo cumplimiento concierne a los convocantes» (FJ 2).

La doctrina legal expuesta empero, no se refiere a la responsabilidad civil sino a la disciplinaria. Sí se refieren a la responsabilidad civil las SSTS de 30 de junio y 6 de

julio de 1990, rechazando la posibilidad de imputar a los huelguistas los daños derivados de la convocatoria. Tal responsabilidad, a juicio del Alto Tribunal, ha de atribuirse en exclusiva al sindicato convocante, sin que exista corresponsabilidad de los participantes en el paro. Estas sentencias no analizan, sin embargo, el supuesto de huelga acordada por la asamblea de los trabajadores, como tampoco reflexionan con detenimiento sobre el fundamento de la ausencia de responsabilidad de los huelguistas, esto es, si se debe a criterios de imputación objetiva o subjetiva.

No cabe ignorar que en muchos casos, máxime cuando la huelga ha sido convocada por un sindicato o, con matices, por los representantes de los trabajadores, la causa que determina la ilegalidad de la huelga escapa del control de los propios huelguistas; piénsese en la huelga sorpresiva convocada por un sindicato. ¿Cabe entonces imputar los defectos de convocatoria (preaviso, modalidad de huelga, notificación, constitución de Comité de huelga) a los huelguistas?. Contestar afirmativamente a dicha cuestión, sería tanto como declarar que es competencia del trabajador controlar el acto de convocatoria de la huelga, lo que resulta contradictorio con la atribución de la facultad de convocatoria de la huelga al sujeto colectivo, en la medida en que al quedar excluido de toda decisión respecto de la convocatoria, el huelguista no puede conocer ni evitar los defectos de que pudiera adolecer la misma. El huelguista simplemente confía en que la convocatoria previa haya sido llevada a cabo correctamente por el titular de dicha facultad. Desde esta perspectiva, no parece acertado imputar objetivamente la responsabilidad por daños y perjuicios al huelguista.

La irresponsabilidad del huelguista es clara respecto de la huelga cuya ilegalidad es consecuencia del incumplimiento por el sindicato convocante de una cláusula por él firmada estableciendo el deber de paz absoluto. La citada cláusula sólo vincula a los sujetos firmantes, pues lo contrario supondría que los sindicatos pueden disponer de un derecho del que no son titulares. Por consiguiente la ilicitud de la huelga no afecta a los trabajadores, sean afiliados o con mayor razón no lo sean, quienes no responderán de los daños ocasionados por la huelga.

De otro lado, desplazando el problema a la imputación subjetiva del daño, debiera concederse alguna relevancia práctica a la inexistencia de culpa en aquellos supuestos en que la calificación de la huelga no es clara. Debería además tomarse en consideración la influencia del colectivo en la voluntad del trabajador como factor moderador de la culpa. En cierto modo, la impetrada libertad de adhesión a la huelga podría quedar relativizada cuando la mayoría de la plantilla ha adoptado una decisión en ese sentido, no pudiéndose esperar de los trabajadores una conducta diferente de la del resto de sus compañeros.

Asimismo cabe defender la exoneración de los huelguistas no designados para la prestación de los servicios de mantenimiento, cuando la huelga sea reputada abusiva como consecuencia del incumplimiento de dichos servicios. En efecto, no se hallan indicios de negligencia en la adhesión a la huelga por parte del trabajador que al no haber sido designado para tal prestación, no tiene en sus manos su efectivo cumplimiento, ni se le puede exigir racionalmente que evite el incumplimiento del compañero designado a tal efecto. Así pues, por más que se recuerde el carácter injustificado del daño producto de la huelga ilegal, quedarán estos huelguistas exonerados de responsabilidad civil por faltar el requisito de la culpa respecto a la ilegalidad del conflicto, a lo que habría que añadir la ausencia de nexo causal entre su conducta y la producción del daño desproporcionado determinante de dicha ilegalidad (el daño adicional provocado por la falta de prestación de los servicios), y que, como se defendió en su momento, debe ser considerado como el único resarcible.

Con todo, la imposibilidad de control del acto de convocatoria, la confianza en el actuar ajeno o, en su caso, la ausencia de la culpa, no podrán ser invocados cuando sean los propios trabajadores constituidos en asamblea quienes hayan acordado y convocado el paro, conforme a la facultad que les otorga el art. 3.2.b) DLRT, pues entonces de los huelguistas depende el defectuoso o correcto planteamiento de la huelga. Pero en tal supuesto, no estamos tratando de la responsabilidad de los

huelguistas por la mera cesación de su trabajo durante la huelga ilegal, sino de su calidad de sujeto convocante y responsable de la ilegalidad de la huelga. A la responsabilidad individual de los huelguistas sólo se puede llegar de manera excepcional, cuando con su conducta hayan contribuido a la ilicitud del conflicto o hayan favorecido la promoción y extensión del conflicto ya convocado.

En conclusión, importando aquí la doctrina de la participación activa en materia de sanciones laborales, la mera adhesión a la huelga ilegal no da lugar a responsabilidad indemnizatoria del huelguista, que sólo procede admitir cuando haya tomado parte en la huelga ilícita como dirigente, promotor o instigador.

Es preciso admitir, por tanto, la existencia excepcional de supuestos de «permeabilidad entre las responsabilidades del ámbito colectivo y la implicación individual», supuestos en que se produce «una intercomunicabilidad de esferas y una afectación de las prestaciones derivadas del contrato». Ello puede ocurrir asimismo tratándose de huelgas abusivas, en la medida en que los huelguistas que conciertan su paro para producir deliberadamente un efecto multiplicador o una grave desorganización productiva, incumplen el «deber muto de lealtad y honradez entre las partes de la relación laboral».

Reparto de responsabilidad entre los huelguistas y el sujeto convocante. Teniendo siempre presente que la responsabilidad civil de los huelguistas individualmente considerados constituye la excepción, procede ahora analizar los aspectos dinámicos del resarcimiento. A tal efecto, distinguimos los supuestos en que el sujeto convocante es un sindicato y aquellos otros en que es un ente no sindical.

Cuando el sujeto convocante es un ente sindical. Ya se indicó que, cuando el sujeto colectivo es un sindicato, existen poderosas razones para hacer responder únicamente al mismo. De un lado, porque existe un patrimonio con cargo al cual se



puede costear la reparación de dichos daños, patrimonio que, por cierto, se ha conformado, siquiera parcialmente, con las cuotas de sus afiliados. De otro, que partiendo de la distinción entre causalidad e imputación objetiva, la participación de los trabajadores en la provocación del daño no es argumento suficiente para justificar la exoneración del sindicato, en cuanto que la ilegitimidad de los actos individuales de adhesión a la huelga tuvo su origen en la defectuosa convocatoria.

En cualquier caso, si se hubiera optado por responsabilizar al sindicato y a los huelguistas permítase redundar en lo excepcional de su responsabilidad, se plantearía un arduo problema, el relativo al reparto de la responsabilidad entre convocantes y partícipes. Quizá cupiera atribuir separadamente la responsabilidad identificando el daño originado por las distintas actuaciones antijurídicas.

En lo que se refiere a los huelguistas, dado que no existen reglas específicas para la responsabilidad indemnizatoria derivada del contrato de trabajo, serían de aplicación las reglas comunes contenidas en los arts. 1102 y siguientes del Código Civil. Entre dichos preceptos, el art. 1137 CC parte del principio general de mancomunidad, que podría determinar que a cada uno de los huelguistas implicados se atribuyera la pérdida de productividad, consecuencia del paro o de medida distinta de presión. Por su parte, el sindicato convocante, responsable en virtud de los arts. 1902 CC y 5 LOLS, respondería de los daños generales de difícil imputación a cada trabajador de manera individualizada (pérdida de materias primas, de pedidos y clientes, etc).

Sin embargo, la separación de las responsabilidades de tal manera, es poco viable en la práctica, no sólo por la actividad probatoria que debería desplegar el demandante, sino sobre todo por la concausalidad de las actuaciones del sujeto convocante y de los huelguistas en la producción del daño, en especial respecto del derivado directamente de la pérdida de productividad.

En supuestos de concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, la jurisprudencia civil ha optado por la solidaridad de los deudores. Ello, llevado al caso que nos ocupa, y suponiendo quedara demostrada la intervención culposa de concretos huelguistas, determinaría la posibilidad de reclamar el resarcimiento bien al sindicato, bien a los huelguistas imputados, bien a todos. Tal opción, que puede parecer demasiado gravosa para los huelguistas, en la práctica podría determinar su exoneración, ya que normalmente el empresario preferirá ir contra el patrimonio sindical. Probablemente debido a todos los inconvenientes que presenta la extensión de la responsabilidad civil a los huelguistas individualmente considerados, la escasa doctrina judicial existente en la materia se muestra reacia a esta solución, limitando pues las consecuencias de su incumplimiento a la actualización de la facultad sancionadora del empresario, y excluyendo la responsabilidad civil de los huelguistas singularmente considerados, para imputarla al sindicato convocante, de cuya mala gestión se haya derivado la ilegalidad de la huelga.

Cuando el sujeto convocante no es un ente sindical. Tratándose de los representantes de los trabajadores, parece más probable que la actuación de éstos y de los huelguistas, en cuanto compañeros de trabajo, esté concertada. Al menos, existe mayor probabilidad de intercambio de informaciones o influencia recíproca en las posturas de los representantes y los representados dada su proximidad, vgr. durante una reunión informativa previa conforme a lo previsto en el art. 77 ET. De otro lado, y desde la perspectiva de la capacidad económica de los responsables, su patrimonio es análogo.

En consecuencia, es lógico que los representantes unitarios respondan conjuntamente y en el mismo grado que los huelguistas implicados. La responsabilidad de los integrantes del sujeto convocante y de quienes actuaron activamente en el conflicto sería contractual y mancomunada. En cuanto a la cuota por la que responde cada imputado, en principio, y mientras no se demuestre una especial conexión entre

determinadas conductas individualizadas y los daños originados, habrá que concluir la responsabilidad alícuota de los huelguistas.

También contractual y mancomunada será la responsabilidad de los trabajadores que, reunidos en asamblea, convocan una huelga ilegal. Al empresario le bastará demostrar la ilicitud de la huelga y probar la existencia y cuantía del daño resarcible, demandando al conjunto de los huelguistas.

No obstante, siendo la huelga ilegal por abusiva, caben dos opciones: Puede el empresario dirigir su acción resarcitoria igualmente contra los huelguistas, en cuyo caso únicamente habrá de probar el carácter abusivo de la huelga, sobre la base de la existencia de un daño desproporcionado e intencionado. Pero, si además pretende demandar a determinados trabajadores formalmente no-huelguistas, como huelguistas encubiertos a consecuencia de la utilización de una modalidad de huelga articulada, neurálgica o tapón, no bastará demostrar la existencia de un daño abusivo, sino que además habrá de constatar la existencia de la relación de causalidad entre la actuación de los trabajadores demandados y los daños originados, circunstancia que probablemente le resultará de más difícil probanza.

Actuaciones ilícitas durante huelga legal o ilegal. Según se expuso en el capítulo precedente, no sólo en caso de huelga ilegal, también durante una huelga legal pueden producirse daños indemnizables, como consecuencia del mal ejercicio del derecho de huelga por uno o varios trabajadores de manera individualizada, daños de los que la empresa puede pretender obtener un resarcimiento económico. En principio, la responsabilidad indemnizatoria no es atribuible al sujeto convocante, puesto que si la huelga fue legalmente convocada y su finalidad era igualmente lícita, no existe un nexo de causalidad entre la actuación del órgano que convoca la huelga y los daños ocasionados durante el desarrollo de la misma. Lo mismo ocurre en caso de huelga ilegal, ya que los daños de que ahora se trata no son consecuencia lógica de los defectos

de convocatoria o de la ilícita finalidad del conflicto; así, las agresiones a compañeros no-huelguistas no son resultado de la ilegalidad de la huelga por novatoria o abusiva.

La exoneración del sindicato como regla general. Según la premisa anterior, y a diferencia de lo que sucedía respecto de los daños ocasionados por la cesación del trabajo en seguimiento de una convocatoria de huelga ilícita, no es posible hablar de la responsabilidad del sindicato convocante en general, sino eventualmente de la responsabilidad de determinado sindicato, sea o no el sujeto convocante del paro, por los actos de sus afiliados durante la huelga. Mas, aun cuando los daños sean atribuibles a los afiliados, la responsabilidad el sindicato puede operar con carácter excepcional, según se expone a continuación.

Responsabilidad por los daños ocasionados por instrucción o consigna del sindicato. Conviene recordar que el art. 5.2 LOLS libera en principio al sindicato de las consecuencias derivadas del proceder de sus afiliados, salvo que sea posible probar: a) que las actuaciones individuales que originaron los daños fueron llevadas a cabo por instrucción o consigna del sindicato en tal sentido, o b) la intervención de representantes por cuenta del sindicato en los hechos por los que se reclama el resarcimiento.

a) La prueba no es tarea sencilla en el primer supuesto, dada la cautela que observarán los órganos del sindicato en la adopción de acuerdos dirigidos en general a sus afiliados, precisamente para evitar imputaciones por esta causa. En cualquier caso, la intervención del sindicato se podría deducir de «declaraciones públicas del sindicato; propaganda no desautorizada, utilizando las siglas del sindicato; exaltación de conductas violentas de los piquetes; etc.».

b) Tampoco fácil, pero sí factible, resulta hacer responsable al sindicato excepcionalmente, cuando en los hechos ha participado un representante sindical. Puesto que el precitado art. 5.2 LOLS supedita tal imputación al sindicato a los

supuestos en que el afiliado actúe en el ejercicio regular de sus funciones representativas, será preciso en primer lugar que dicho representante, como tal, haya obrado en virtud de instrucciones del ente sindical, o de no haberse dado a priori, bastará con que el sindicato muestre su aquiescencia posterior a los actos del representante, tal y como se vio al analizar la responsabilidad del sindicato en caso de huelga ilegal. De la eventual existencia de acuerdos o instrucciones negativas del sindicato respecto de los hechos, o incluso declaraciones sobrevenidas del sindicato desautorizando la acción, habrá que deducir la actuación ultra vires del representante, de cuyas consecuencias el sindicato quedaría exonerado.

Ante la ausencia de doctrina judicial española en la materia, sirva de apoyo a lo expuesto la sentencia del Tribunal de Casación francés, de 17 julio 1990<sup>240</sup>, según la cual aun cuando el afiliado sea representante del sindicato en la empresa, su participación en los actos ilícitos no basta para responsabilizar al sindicato, si no se demuestra que éste ha sido el causante de dichos actos mediante instrucciones u otros medios.

Este pronunciamiento viene a rectificar una doctrina anterior según la cual se hacía responsable al sindicato convocante, por el mero hecho de que sus representantes tomaran parte activa en los actos ilícitos de los que se deduce el daño. Ejemplo de la tendencia superada es la Sentencia del Tribunal de Casación, de 8 de noviembre de 1984, confirmando la del Tribunal de Apelación de Douai, de 16 junio 1982, que declara responsables a los sindicatos convocantes del paro y, como tales, a reembolsar al empresario armador las sumas pagadas en virtud de su consentimiento al abono de un suplemento salarial a la tripulación, dado que dicho consentimiento fue prestado bajo violencia de los huelguistas —entre los que se hallaban los sindicalistas, que habían retenido y amenazado a los oficiales, y tomado el control de la nave.

Articulación de las responsabilidades del sindicato y de sus afiliados o representantes. Por último, es preciso determinar si en los supuestos excepcionales en

que el sindicato responde por actos individuales de sus afiliados, lo hace conjuntamente con ellos, y por qué vía. Como se verá posteriormente, la responsabilidad civil del sindicato, como autor mediato de los daños cometidos, no excluye la de los huelguistas que ocasionaron los daños. Dicha responsabilidad es directa y solidaria, en aplicación de la jurisprudencia civil en torno a la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, a que se aludió anteriormente. En fin, puesto que la intervención del sindicato no constituye incumplimiento de un vínculo contractual, su responsabilidad operará en virtud del art. 1902 CC.

#### Responsabilidad de los representantes de los trabajadores

Es necesario determinar si es posible exigir a los representantes de los trabajadores responsabilidad indemnizatoria por los daños que se deriven de actos ilícitos llevados a cabo como consecuencia de instrucciones o consignas dadas por los mismos al resto de los huelguistas, precisamente en virtud de su condición de representantes. En principio, cuando los representantes actúan como un huelguista más, la responsabilidad que les corresponde por su participación en los hechos ha de ser idéntica a la imputable a cualquier otro huelguista, sin que su cargo les imponga una mayor responsabilidad por tales hechos.

Responsabilidad de los representantes por los daños derivados de actos incitados o promovidos. En el supuesto que aquí se plantea, los representantes de los trabajadores en la empresa han impulsado determinados actos ilícitos que probablemente, de no haber mediado su injerencia o de ser ésta en otro sentido, no se habrían llevado a cabo, lo que determina que, se busque la corresponsabilidad civil de los representantes y los huelguistas autores materiales de los daños.

En verdad, no es posible negar la responsabilidad de los representantes, puesto que de su actuación antijurídica y culposa se ha deducido el daño indemnizable. No

parecen argumentos suficientes para exonerar a los representantes, que no hayan participado directa o materialmente en los hechos (en el caso de que así sea), o el que sus instrucciones no hubieran podido producir daño alguno sin el concurso de los otros huelguistas. Ya se comentó que, responsables son tanto el autor material como el autor mediato; y nada parece obstar a la aplicación de este principio a la actuación de los representantes, cuya inducción o presión moral sobre los demás huelguistas determinó la realización de los actos ilícitos.

Articulación de las responsabilidades de los representantes y los autores materiales. Debido a la dificultad de determinar la cuota del daño que causalmente se debe a las conductas inductora y material, parece conveniente hacer responder directa y solidariamente a los representantes de los trabajadores junto con los huelguistas. Quizá quepa argüir en contra de esta opción, que huelguistas y representantes participaron en los hechos de distinta forma, y por tanto no es congruente atribuirles el mismo grado de responsabilidad. Pero, la responsabilidad de los inductores no es menor que la de los autores materiales de los actos ilícitos, y se refiere en general a la totalidad del daño causado a sus instancias. Así se deduce de la jurisprudencia civil que, abstrayéndose de la ausencia de identidad de causa en la obligación, incide en «la significación e importancia del aspecto común del hecho generador de la obligación, en cuanto puede imputarse a varias personas la ejecución directa y material o su participación indirecta, pero eficiente», ya que insiste la doctrina el incumplimiento no se habría producido de no mediar dicha participación.

Puede ser clarificador igualmente, trasladar el problema al plano de la responsabilidad disciplinaria por huelga, donde es ya consolidada la doctrina judicial de que los inductores instigadores o promotores de los actos ilícitos durante la huelga pueden ser sancionados con el despido, como partícipes activos. Asimismo en el ámbito del Derecho penal, reciben la misma consideración de autores quienes realizan un acto por sí mismo y quienes lo hacen por medio de otros (art. 28 CP), según se expondrá posteriormente. Desde luego, la opción de la responsabilidad in solidum, no parece discutible cuando el representante también tomó parte en los hechos.

## Responsabilidad del Comité de huelga

El deber de garantía de la prestación de los servicios de mantenimiento ex art. 6.7 DLRT. Con el fin de determinar cuál es el sujeto civilmente responsable cuando los perjuicios se derivan del incumplimiento de los servicios de mantenimiento, parece conveniente partir del art. 6.7 DLRT que, como se sabe, regula la fijación y prestación de los mismos. El citado precepto establece que «el Comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación» de los servicios de mantenimiento, expresión amplia, que precisa de interpretación en cuanto a la extensión del deber de garantía del Comité, y a las consecuencias de la falta de prestación de dichos servicios de mantenimiento.

La alusión genérica a la «prestación» de los servicios «durante» la huelga, puede llevar a concluir que dicho deber de garantía no se limita a exigir al Comité su colaboración en la fijación de los servicios y designación de los trabajadores, sino que se extiende además al efectivo cumplimiento de los mismos. En consecuencia, una interpretación literal del art. 6.7 DLRT determinaría la responsabilidad del Comité de huelga por el incumplimiento de los servicios de mantenimiento, con independencia de las circunstancias en que se hubiera producido el mismo, esto es, incluso cuando el Comité comunicó a los trabajadores designados su deber de prestar los servicios de mantenimiento, y la decisión de su incumplimiento partió de éstos.

Pero, como bien ha señalado la doctrina, la obligación de garantía del Comité de huelga únicamente le impone negociar de buena fe el alcance de los servicios, esto es, «sin ánimo obstructivo», pactar la lista de los trabajadores a desempeñarlos, y ejercer una influencia moral sobre los mismos. No otra cosa cabe exigir al Comité de huelga, que no puede imponer el cumplimiento de los servicios, pues carece de instrumentos de



presión jurídica a los trabajadores, a quienes no puede dar órdenes, ni imponer sanciones por su incumplimiento.

Según esto, sólo será posible imputar al Comité de huelga los daños derivados del incumplimiento de los servicios, cuando su falta de prestación se deba a la negativa del mismo a colaborar en la fijación de dichos servicios, o a la consigna dada a los trabajadores designados a tal fin en sentido contrario a su realización. En efecto, aun cuando no se hubiera llegado a un acuerdo sobre las personas que deben atender los servicios de mantenimiento, el Comité no puede «prohibir el acceso de aquéllas que, nombradas por la empresa, se prestan a realizar servicios de mantenimiento, porque otra cosa sería contraria a la obligación que el comité tiene de garantizar que dichos servicios se presten».

En conclusión, cabe afirmar que el art. 6.7 DLRT confiere al Comité de huelga «una obligación de medio y no de resultado», por lo que no existirá responsabilidad en ausencia de prestación de los servicios de mantenimiento, cuando el citado órgano «hubiera realizado de buena fe una actividad de vigilancia de los servicios mínimos y de advertencia a los trabajadores incumplidores de las consecuencias de sus actos».

Articulación de las responsabilidades del Comité de huelga y de los trabajadores designados para la prestación de los servicios. Remisión. Una vez acreditado el ámbito del deber de garantía del Comité de huelga, es preciso determinar de qué manera responderá el citado órgano frente al empresario, en el supuesto de quede demostrada su injerencia en el cumplimiento de los servicios de mantenimiento, o su pasividad en la designación, y por tanto sean imputables al mismo los daños derivados de su falta de prestación. Puesto que el Comité de huelga carece de personalidad jurídica y de patrimonio propio y separado con el que responder de sus actuaciones, parece conveniente traer a colación la solución dada para la responsabilidad civil de los representantes de los trabajadores. En consecuencia, no cabe imputar la responsabilidad al órgano como tal, sino individualmente a sus miembros. Éstos responderán

personalmente y en forma solidaria como inductores junto a los autores materiales de los actos ilícitos, los trabajadores designados para la prestación de los servicios de mantenimiento.

El incumplimiento de la obligación de negociación y colaboración en la fijación de los servicios de mantenimiento por el Comité de huelga, podría determinar además la responsabilidad (solidaria) del sujeto convocante de la huelga. Esto es así porque, aun cuando el Comité de huelga es un órgano independiente, es designado por el sujeto convocante para administrar la huelga. La relación que une al Comité de huelga y al sujeto convocante que lo designa constituye un «mandato especial», por lo que en principio el Comité actúa en representación y por cuenta del sujeto convocante, y salvo que éste rechace abiertamente los actos del Comité, quedará vinculado por los mismos.

#### Responsabilidad del huelguista

Principio general de responsabilidad por los daños derivados de su participación en actos ilícitos colaterales. Fundamento jurídico. Tanto en los supuestos analizados en los epígrafes anteriores, como en los que no medie intervención directa del sindicato o de otro ente organizador, la responsabilidad civil habrá de ser buscada en los individuos que con su conducta ilícita se extralimitan en el ejercicio de su derecho de huelga, y de la cual se deriva causalmente el daño a resarcir. La admisión de dicha responsabilidad civil del huelguista autor de los actos ilícitos, compatible en su caso con la laboral, se deduce del art. 16.2 DLRT que, refiriéndose concretamente al incumplimiento de los servicios de mantenimiento, establece la sanción de despido «sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedieran».

El problema de la prueba en caso daño causado por miembro indeterminado de grupo. La imputación de responsabilidades resulta en principio sencilla, cuando no han intervenido en los hechos otras voluntades (sindicato, comité de huelga) junto a la del

huelguista. En tal caso, la acción resarcitoria se dirigirá contra el o los trabajadores que intervinieron personalmente en las acciones antijurídicas, dependiendo el éxito de la acción resarcitoria de la prueba de la participación de los trabajadores y del nexo causal entre su conducta y el daño.

Pero dicha prueba no siempre es factible, dada la falta de testigos u otro medio de prueba, en unos casos, o el carácter tumultuario de los hechos, en otros. Especial dificultad ofrece la imputación de responsabilidades cuando el daño ha sido causado por el miembro indeterminado de un grupo o piquete, sin que quepa duda alguna de que fue uno de sus integrantes.

En general, en materia de responsabilidad aquiliana, la jurisprudencia civil ha afirmado la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo en tanto copartícipes en una actividad colectiva peligrosa, creadora del riesgo ilícito, pues otra solución «dejaría sin indemnización a las víctimas». Ello, claro está, salvo que se pruebe que no existe vínculo de causalidad o de imputación objetiva entre la conducta de determinados miembros del grupo y el resultado dañoso.

La doctrina judicial laboral, por su parte, se ha pronunciado expresamente respecto de la responsabilidad —no civil, sino disciplinaria de los integrantes de piquetes coactivos. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de julio de 1986 declaraba improcedente el despido efectuado sin imputar de manera individualizada a los concretos trabajadores el hecho que justificaba la sanción. Por el contrario, y en línea con la jurisprudencia civil, la doctrina sentada por el extinto Tribunal Central de Trabajo, en Sentencias de 17 de marzo de 1987 y 13 de mayo de 1983, y posteriormente asumida por la STSJ Madrid, de 17 marzo 1994, consideró que el integrar un piquete coactivo constituía causa de despido, con independencia del grado de participación en los actos del piquete coactivo, aun cuando no se demostrara la acción violenta individualizada. En suma, las normas de imputabilidad que exigen acreditar la participación personal y directa en los hechos de los que se deduce causalmente el daño,

rigurosamente mantenidas en el ámbito penal, se relajan en el ámbito laboral, como parece reconocer el propio Tribunal Constitucional en las Sentencias 40/1995, de 13 de febrero, 332 y 333/1994, de 19 de diciembre.

Reparto de responsabilidades entre los coautores de la acción conjunta. Cuestión especialmente debatida es la relativa al reparto de la responsabilidad, cuando el daño indemnizable fue ocasionado por una pluralidad de autores mediante una acción conjunta, sin que sea posible deslindar la entidad de los daños cometidos por cada huelguista.

En este caso, algún autor ha entendido aplicable el régimen de la mancomunidad, conforme al cual cada trabajador respondería por una parte alícuota de los daños causados con la acción compartida. La responsabilidad mancomunada es, qué duda cabe, menos onerosa para los huelguistas que la responsabilidad in solidum, que es percibida como sanción desproporcionada a la falta cometida. De otro lado, y puesto que la responsabilidad solidaria permite al acreedor dirigirse contra cualquiera de los obligados, para reclamarle toda la deuda, el empresario podría verse tentado a utilizar la acción resarcitoria de manera selectiva, castigando únicamente a determinados trabajadores en razón de su cargo representativo o de su afiliación a cierto sindicato.

Desde un punto de vista dogmático, la opción por la mancomunidad se fundaría, bien en la naturaleza contractual de la responsabilidad, conceptuando el acto ilícito como incumplimiento de una obligación implícita preexistente, o bien en la aplicación analógica del art. 1137 CC a la responsabilidad extracontractual.

Negando la citada aplicación del art. 1137 CC, antes bien, por analogía con el art. 116.2 CP, la doctrina mayoritaria así como la jurisprudencia civil vienen declarando la responsabilidad solidaria en aquellos supuestos en que la culpa extracontractual «es imputable a más de un sujeto, sin que existan elementos conducentes a diferenciar la

concreta responsabilidad de cada uno» en cuyo caso «el vínculo de solidaridad es el procedente por ser el más adecuado, con relación al perjudicado, para la efectividad de la indemnización correspondiente: solidaridad impropia o por necesidad de salvaguardar el interés social». De lo contrario, la reparación de todo el daño quedaría condicionada a que el perjudicado demostrara la parte de daño atribuible a cada uno de los partícipes en los actos ilícitos.

Lo que parece claro es que, la comentada jurisprudencia civil supedita la afirmada responsabilidad solidaria a que exista concurrencia causal, no pudiendo ser individualizadas las responsabilidades de cada uno de los implicados. De otro lado, la doctrina judicial expuesta viene referida fundamentalmente a la responsabilidad extracontractual, si bien no constituirá ello impedimento a su aplicación en este caso, de entender que la participación en actos ilícitos durante la huelga no sólo supone un incumplimiento del deber contractual tácito de buena fe y convivencia pacífica, sino además «violación, inasequible de aquél, del deber general de no causar daño a otro», según cabe deducir de la doctrina expresada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de junio de 1984. Por las razones expuestas, la jurisprudencia civil se ha mostrado proclive a aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual a los supuestos de lesiones corporales y, aunque en mucha menor medida, en caso de daños a las cosas ocasionados por quienes son sujetos de relaciones contractuales.

Pues bien, llevada esta doctrina al ámbito laboral y al supuesto de huelga, los actos mencionados pueden trascender, en efecto, del mero marco contractual, «de la rigurosa órbita de lo pactado» en palabras de la precitada decisión, para residenciarse en el incumplimiento de específicas normas sobre el desarrollo de la huelga, cuales son las que prohíben la participación en piquetes coactivos o la ocupación ilegal del centro de trabajo, etc.

Articulación de las responsabilidades de los autores mediatos y materiales.  
Remisión. Quizá más complejo resulta el orden y deslinde de la responsabilidad entre

los huelguistas y el sindicato u otros entes carentes de entidad sindical, en el supuesto de que los huelguistas actúen bajo las instrucciones de éstos, y ello porque a la discusión doctrinal entre mancomunidad y solidaridad comentada en el epígrafe anterior, se suma la diferente naturaleza de la intervención de los distintos sujetos en los hechos.

Al tratar sobre la responsabilidad del sindicato, ya se afirmó la posibilidad de hacerle responder en este supuesto de manera directa y solidaria con los huelguistas y respecto del total del daño resarcible. Tal responsabilidad se sustentaría excepcionalmente en la actuación del sindicato como autor mediato de los daños, en virtud de las órdenes o instrucciones dadas a los huelguistas; conducta concurrente con la de éstos en la producción de un mismo daño.

También sobre la base de su autoría mediata, se postuló anteriormente la responsabilidad solidaria de los representantes de los trabajadores y de los huelguistas que sigan las instrucciones u órdenes de aquéllos respecto de la comisión de los actos ilícitos de los que se deduce el daño indemnizable.

Responsabilidad civil ex delicto. Recuérdesse finalmente que, cuando la acción del huelguista sea subsumible en alguno de los supuestos legalmente tipificados como delito o falta, los daños originados por la conducta del trabajador darán lugar no sólo a la responsabilidad penal pertinente, sino también a la responsabilidad civil derivada del delito, como se deduce de los arts. 109 y 116 CP. Así, el empresario, los directivos o los no-huelguistas, según los casos, podrían reclamar a los huelguistas la responsabilidad civil ex delicto, y obtener la reparación del daño derivado de la acción punible.

En tal caso, el art. 116.2 CP establece la responsabilidad solidaria de quienes intervengan en la comisión, respondiendo en primer lugar los autores del delito o falta, y subsidiariamente los cómplices del mismo. Conviene recordar en este punto que,

conforme al art. 28 CP, en el concepto de autor a efectos penales quedarían incluidos además de los partícipes en los actos ilícitos, el sindicato y los representantes que mediante consignas o instrucciones induzcan a la realización de actos tipificados como ilícito penal. Téngase en cuenta que, además de su finalidad resarcitoria, la responsabilidad civil ex delicto posee importantes efectos penales, y ello porque «la cancelación de antecedentes penales (art. 136.2.1 CP) o la suspensión de la ejecución de las penas están condicionadas al hecho de tener satisfechas las responsabilidades civiles generadas por la infracción (art. 81.3)».

## **INFRACCIONES Y SANCIONES LABORALES**

La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social identifica los comportamientos que constituyen infracciones en dicho Orden. Esta norma aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, define en su artículo primero apartado uno las infracciones administrativas en el orden social como "las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social".

El derecho sancionador administrativo se basa en una serie de principios básicos, entre los que cabe destacar: legalidad, tipicidad y non bis in idem, los cuales de alguna forma tienen su reflejo en la anterior definición:

Legalidad: Encuentra su fundamentación en la propia Constitución Española en su artículo "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa", así como en el artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No

obstante esta reserva legal no implica que la ley no pueda hacer remisiones a normas reglamentarias subordinadas.

Tipicidad: Este principio se postula en el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común "sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley".

Non bis in idem: También recogido en el artículo 133 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al regular la concurrencia de sanciones, así "no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento".

La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, hace la siguiente división de los incumplimientos en función de las materias vulneradas. Las cuales recogen los incumplimientos en materia de relaciones laborales, en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores, de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente fuera de España, en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas.

Infracciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

Infracciones en materia de empleo; distinguiendo en este caso por un lado entre infracciones de los empresarios, de las agencias de colocación y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación, y por otro lado entre infracciones de los trabajadores por cuenta ajena y propia.



Infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias.

Infracciones en materia de empresas de inserción.

Infracciones en materia de seguridad social. En las cuales se incluyen las infracciones de los empresarios, trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones; las infracciones de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; y las infracciones de las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión.

Infracciones en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros. Con dos variables, las infracciones en materia de movimientos migratorios internos, y las infracciones en materia de permisos de trabajo de extranjeros.

Asimismo, la Ley prevé una infracción por la eventual obstrucción a la labor de los funcionarios encargados de velar por su cumplimiento. Y también contempla, ya no como infracción, sino como actuación preventiva la advertencia y recomendación, y ello en cumplimiento del artículo 17.2 del Convenio OIT n.º 81 y del artículo 22.2 del Convenio OIT n.º 129, ambos ratificados por España, no obstante tal tipo de actuación sólo cabe cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre y cuando no se deriven perjuicios directos para los trabajadores.

Infracciones en materia de sociedades cooperativas. Se incluyen las infracciones de las sociedades cooperativas, cuando la legislación autonómica se remita a la legislación del Estado, cuando no haya legislación autonómica o cuando aquéllas desarrollen su actividad en el territorio de varias Comunidades Autónomas.

Sanciones

Normalmente las sanciones administrativas laborales consisten en multas de diferentes cuantías, si bien no es la única forma de sanción por cuanto caben otro tipo de sanciones; especial relevancia cobra la sanción prevista por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales la cual en su artículo 53 contempla la posibilidad de la suspensión e incluso el cierre del centro de trabajo, siempre y cuando "concurran circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.... sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan.. ".

Así mismo en caso de determinadas infracciones muy graves en materia de empleo y protección por desempleo, además de la sanción principal, pueden proponerse otras accesorias, que suelen consistir en la pérdida de las "ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo". También las empresas de trabajo temporal pueden perder la autorización para operar en el sector en determinados supuestos, según se contempla en el artículo 2.5 de la Ley 14/1994 de 1 de junio, Reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal.

En el caso de los trabajadores solicitantes y beneficiarios de pensiones o prestaciones de Seguridad Social, incluidas las de desempleo, las infracciones se suelen sancionar con la suspensión o pérdida de la prestación.

Se establece un paralelismo entre la graduación de las infracciones y las sanciones administrativas, así dentro de cada grupo de incumplimientos que establece la Ley de Infracciones y Sanciones normalmente los gradúa en leves, graves y muy graves. Y lo mismo hace a la hora de establecer las sanciones pecuniarias, formula tres niveles: leve, grave y muy grave, y dentro de cada uno de ellos la Autoridad Laboral impondrá la sanción en su grado mínimo, medio y máximo. Los importes viene fijados en el artículo 40 del TR de la Ley de Infracciones y Sanciones en el

orden social, las leves varían de 60 a 625 euros, las graves de 626 a 6.250 euros y las muy graves de 6.251 a 187.515 euros.

### La inspección de trabajo

La labor de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales, viene encomendada por el ordenamiento jurídico a la autoridad laboral, que por medio de la Inspección de Trabajo cumple dicha función. La regulación legal de la Inspección de Trabajo se realiza por medio de la Ley 23/2015, de 21 de julio, pendiente de desarrollo que ha derogado la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 138/2000 de 4 de febrero, y se completa su marco jurídico con los Convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo.

El cumplimiento de las funciones encomendadas a la Inspección de Trabajo se realiza por los funcionarios del Cuerpo superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, y por el de Subinspectores Laborales, que contará con dos escalas especializadas: Escala de Empleo y Seguridad Social y Escala de Seguridad y Salud Laboral. Y su organización se estructura básicamente sobre un Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y una Dirección Territorial en cada CCAA.

Dada su reciente regulación, la Dirección General de la Inspección y las Inspecciones provinciales continuarán ejerciendo sus competencias anteriores.

Los documentos que básicamente sirven para plasmar las actuaciones de la Inspección de Trabajo son:

a) Actas de advertencia: Este tipo de actas no conlleva la apertura de procedimiento sancionador, y sólo proceden en el caso de que no se derive perjuicio directo para los trabajadores.

b) Actas de infracción: Mediante este tipo de actas se inicia el procedimiento sancionador. En ellas se han de reflejar los hechos constatados por el funcionario actuante, la infracción imputada con expresión del precepto vulnerado, y la calificación de la infracción, graduación de la sanción, propuesta de sanción y su cuantía.

c) Actas de liquidación: Se practican por deudas a la Seguridad Social, en base generalmente a falta de afiliación o de alta del trabajador en el Sistema de Seguridad Social, y por faltas o diferencias de cotización por los trabajadores dados de alta.

d) Actas de obstrucción: Proceden en el caso de conductas que obstruyan la labor inspectora, concretándose tales conductas en acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y los Subinspectores Laborales.

Un aspecto básico que dota de especial relevancia la tramitación del procedimiento sancionador, es la presunción legal de certeza de que gozan los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y recogidos en las correspondientes actas, el cual viene recogido en el artículo 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y artículo 53 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social "tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados". Tal redacción la configura como una presunción iuris tantum, lo cual la hace prevaler mientras no se presente prueba en contrario que la desvirtúe.

Independientemente de los incumplimientos administrativos, existen determinados supuestos de vulneración del ordenamiento jurídico que pueden comportar la comisión de un delito; se recogen en el Título XV, artículos 311 a 318 del Código Penal, los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Básicamente se podrían agrupar en las siguientes rúbricas: imposición y mantenimiento de condiciones ilegales de trabajo, incumplimientos de prohibiciones en el reclutamiento y empleo de trabajadores, determinadas prácticas discriminatorias en el empleo, conductas contra los derechos fundamentales de acción colectiva y la libertad en el trabajo, falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y solicitud de favores de naturaleza sexual.

## **XXVII. SUSPENSIÓN DE EMPLEO Y SUELDO COMO SANCIÓN EN RELACIÓN A LA HUELGA**

La suspensión de empleo y sueldo está directamente relacionada con el poder de organización y control que otorga el artículo 20 y el 58 del Estatuto de los Trabajadores 2015, cuando se valora la conducta del trabajador, ante posibles incumplimientos laborales, aplicando directamente el poder sancionador establecido en los convenios colectivos, que conlleva la graduación de faltas laborales, según el incumplimiento o conducta del trabajador, y en base a ello la suspensión de empleo y sueldo, si el empresario hace efectivo el cumplimiento del régimen disciplinar de faltas y sanciones.

Pero también podemos hablar de suspensión de empleo y sueldo dentro del ámbito contractual, regulado en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores.

La suspensión de empleo y sueldo, en el ámbito del contrato de trabajo, se regula directamente en la figura de la suspensión del contrato de trabajo, el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores 2015, relaciona las causas por las que se puede suspender el contrato de trabajo.

La suspensión del contrato de trabajo, conlleva directamente la suspensión de empleo y sueldo. Es decir al no haber prestación de trabajo, no existe obligación tampoco de retribuir dicho trabajo, las partes quedan exoneradas de las obligaciones y compromisos que se adquieren en la relación contractual, mientras se mantienen las causas que dieron lugar a la suspensión. Podemos indicar que los efectos de esta suspensión de empleo y sueldo derivada de la suspensión del contrato de trabajo, mantienen unos efectos generales, como son que al trabajador/a causa baja en la empresa respecto de afiliación al Sistema de Seguridad Social, y por lo tanto no existe obligación de cotizar, al no existir prestación económica; no obstante, en algunos casos que más adelante comentaremos, se mantiene la obligación de cotizar pues no se realiza la baja en afiliación. Se mantiene el derecho de la reserva del puesto de trabajo y la vigencia del resto de derechos contractuales, como pueden ser cómputo de antigüedad, ascensos, revisión de salarios. Se debe tener en cuenta la causa de la suspensión, para saber el efecto específico que conlleva la misma. El artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social 2015, así como el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores 2015, regulan los efectos de la suspensión, tanto en la consideración de alta asimilada, como en la reserva del puesto de trabajo.

Las causas que alude el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores 2015, a los efectos de la suspensión son:

- Mutuo acuerdo de las partes, mediante acuerdo expreso y documentado dentro de los límites del derecho necesario, que establezca las condiciones del tiempo de la suspensión, la reserva del puesto de trabajo, efectos con respecto al cómputo de

antigüedad, indemnización, etc. El trabajador/a es dado de baja en la Seguridad Social, por lo que para el empresario no hay obligación de cotizar mientras se mantiene esta situación. En el caso de despido improcedente se considera que está ante una situación asimilada al alta, a los efectos de la prestación por desempleo.

- Las consignadas válidamente en el contrato. Las partes voluntariamente pueden incluir en el contrato de trabajo, diferentes causas que den lugar a la suspensión del mismo, en un concreto momento o periodo de tiempo. Las causas no pueden suponer una renuncia a derechos necesarios, ni un abuso del empresario. Respecto de la Seguridad Social, los efectos y situación son los mismos que los expresados en el punto anterior.

- Incapacidad temporal del trabajador, derivada tanto de enfermedad común, profesional, como de accidente de trabajo o accidente no laboral. El contrato queda suspendido mientras se mantiene esta situación. Conforme establece la normativa de la Seguridad Social, dentro del Régimen General, los artículos 169 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social 2015, el trabajador/a, según sea el tipo de contingencia que haya causado su Incapacidad temporal, percibirá una contraprestación económica, que abona el empresario como "pago delegado", pues este recupera dicho importe a través de la liquidación de cotización de los seguros sociales. Si los convenios mejoran las prestaciones económicas por Incapacidad Temporal establecidas en la Ley General de la Seguridad Social existe la obligación de abono de salario hasta completar la mejora, en concepto de complemento salarial de Incapacidad Temporal. Durante el proceso de Incapacidad Temporal, el trabajador sigue de alta en afiliación, es decir, no se cursa su baja en afiliación, por lo que se mantiene la obligación de cotizar, manteniéndose todos los derechos y obligaciones contractuales, que no quedan suspendidos expresamente al estar de baja por Incapacidad Temporal.

- Las situaciones de maternidad y paternidad, adopción o acogimiento preadoactivo o permanente, riesgo durante el embarazo o lactancia natural. Durante estas situaciones empresario no abona salarios, la trabajadora o en su caso el trabajador percibe el subsidio establecido para estos casos y la empresa debe mantener la cotización con las pautas que la normativa establece y las bonificaciones estipuladas.

- Ejercicio de un cargo público representativo. Se mantiene el derecho a la reserva del puesto de trabajo, debiéndose incorporar el trabajador/a en el plazo de 30 días desde el cese del cargo, se computa el tiempo de antigüedad, pero no a efectos de indemnización ante un despido. Debe causar baja en afiliación por lo que no existe obligación de cotizar, pero se le considera situación asimilada al alta.

- Privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria. Se debe tramitar la baja en afiliación, por lo que no existe obligación de cotizar y se le considera en situación asimilada al alta a efectos de prestaciones por muerte y supervivencia, o de incapacidad permanente. No se computa este tiempo como tiempo de antigüedad ni a los efectos de cálculo de la indemnización en caso de despido. Además se puede aplicar el régimen de faltas y sanciones, si los hechos por los que existe la privación de libertad han sido consecuencia de la relación laboral, suspendiéndose la prescripción de faltas, hasta que se resuelva el proceso penal.

- Razones disciplinarias. Por el tiempo que se mantenga la situación de suspensión por la sanción interpuesta por la empresa, no existe obligación de cotizar a la seguridad social y de mantener al trabajador/a en alta en afiliación.

- Fuerza mayor temporal o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, regulado en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores 2015. En los casos de fuerza mayor debe concurrir una razón fortuita, fuera de la voluntad y



control del empresario e imposible de prever. El procedimiento a seguir en estos casos viene establecido en el artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores 2015. En el caso de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se ha de realizar con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

- Excedencia. El artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores 2015, establece las causas de excedencia, que pueden ser por razones voluntarias, por cuidado de hijos o familiares, o forzosa, dependiendo de la situación que da lugar a la excedencia, la reserva del puesto de trabajo varia. Así en la excedencia forzosa, mantiene la obligación de la reserva del puesto de trabajo y el cómputo de antigüedad. En el caso de excedencia voluntaria, hay que distinguir su causa si es por cuidado de hijos o familiares hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Para los casos de cuidado de familiares, la reserva del puesto de trabajo, se mantiene durante el primer año y el resto de tiempo solo con respecto a la reserva de puesto de trabajo dentro del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Respecto de seguridad social, el trabajador/a causa baja en la empresa, no hay obligación de cotizar, se computa el tiempo de excedencia a efectos de antigüedad, y con respecto a la Seguridad Social, se asimila la situación a alta, teniendo además la consideración de tiempo cotizado al 100%, durante los dos primeros años de excedencia, cuando la misma viene precedida por una reducción de jornada por cuidado de familiares, y como cotización efectiva durante los dos primeros años para el caso de jubilación, incapacidad permanente, muerte, supervivencia, maternidad o paternidad.

- Ejercicio del derecho de huelga y cierre legal de la empresa. Se considera una situación de alta especial, por la cual los trabajadores afectados, mantienen su consideración de asimilado al alta en toda la acción protectora al régimen que pertenezca, excepto la protección por desempleo, y el abono del subsidio por Incapacidad Temporal, que tampoco se percibe.

Se tramita la baja en afiliación con la especificación de huelga, para que se aplique la protección establecida, y no hay obligación de cotizar.

Para que esta situación de huelga se pueda aplicar, ha de ser considerada legal, pues la huelga calificada de ilegal, no produce los efectos comentados.

El cierre legal de empresa ha de ser autorizado administrativamente, y los efectos y duración de los mismos quedan consignados en el expediente presentado.

- Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

El fin de la suspensión de empleo y sueldo, se produce cuando la causa que lo generó finaliza, bien de forma automática en casos de alta de Incapacidad Temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, fin de la sanción impuesta, privación de libertad, o bien, con acto expreso del trabajador/a que debe solicitar su incorporación al puesto de trabajo en el plazo de 30 días, para el resto de circunstancias. Excepto la excedencia que mantiene una regulación específica. En caso de negativa o silencio por parte de la empresa, el trabajador/a debe impugnar dicha decisión empresarial ante el Juzgado de lo Social.

## **XXVIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JULIO DE 2017**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- El el Sindicato Confederación General del Trabajo (CGT), interpuso demanda de impugnación de despido colectivo del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la decisión extintiva o subsidiariamente lo declaro no ajustada a derecho, con los efectos inherentes en dicha declaración.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de impugnación de despido colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 24 de octubre de 2016 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «En la demanda de impugnación de despido colectivo, promovida por CGT, desestimamos la excepción de falta de legitimación pasiva de VODAFONE ONO, SAU y VODAFONE ESPAÑA, SAU. Declaramos justificado el

despido colectivo, por lo que desestimamos la demanda de impugnación del despido colectivo y absolvemos de todos sus pedimentos a INDRA BPO SERVICIOS, SLU; VODAFONE ONO, SAU; VODAFONE ESPAÑA, SAU; CCOO; UGT y USO».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- INDRA se dedica a diferentes servicios, como back office, front office, servicios jurídicos, proyectos para la Administración, servicios documentales y otros. -Regula sus relaciones laborales en el centro de Valencia por el convenio colectivo de empresas de CONTACT CENTER, publicado en el BOE de 27-07-2012.

2º.- La representación de los trabajadores en el centro de trabajo de Barcelona es de 16 representantes de CCOO; en Madrid de 14 representantes de CCOO y 3 representantes de UGT y en Valencia 4 representantes de CGT; 4 representantes de UGT; 3 representantes de CCOO y 2 representantes de USO.

3º.- INDRA, BMB SERVICIOS DIGITALES, SLU suscribió el 1-01- 2011 un contrato de servicios de prestación de servicios de telecomunicaciones en general y de telefonía, televisión e Internet tanto para el mercado residencia como para el empresarial con CABLEEUROPA, SAU (ONO), que obra en autos y se tiene por reproducido, cuya duración inicial era de 2 años, si bien se pactó su prórroga tácita, salvo denuncia de cualquiera de las partes. -El 1-05-2014 suscribieron la Adenda 5 al contrato, que se tiene por reproducida. El 2- 02-2012 ambas mercantiles suscribieron un contrato de servicios de prestación de servicios de telecomunicaciones en general y de telefonía, televisión e Internet tanto para el mercado residencia como para el empresarial, que se tiene también por reproducido. El 25-06-2012 suscribieron un contrato de prestación de servicios de back office y asistencia técnica a clientes empresariales, que se tiene también por reproducido. El 4-12-2013 ambas mercantiles suscribieron contrato de prestación de servicios, mediante el cual INDRA se comprometió a prestar a ONO los servicios de asignación de red, descritos en el Anexo 1 del contrato, que se tienen por reproducidos. El 30-06-2015 las mismas partes, si bien CABLEEUROPA, SA se denomina actualmente VODAFONE ONO, SAU y INDRA, BMB SERVICIOS DIGITALES, SLU se denomina actualmente

INDRA BPO SERVICIOS, SLU, suscribieron contrato de prestación de servicios, que obra en autos y se tiene por reproducido, con sus correspondientes Anexos.

4°.- Desde el mes de enero de 2016 VODAFONE, SAU y VODAFONE ONO, SAU han venido reduciendo los servicios requeridos a INDRA con base al resultado de la encuesta NPS, que determina la calidad de la prestación del servicio. -Las empresas mencionadas disponen de una aplicación, que conjuga, mediante el correspondiente algoritmo, la distribución de la carga de trabajo entre sus subcontratistas, mediante una aplicación, que activa un dispositivo objetivo, que cohonesto previsiones de llamadas, respuesta a los picos de demanda y al tiempo de recuperación de llamadas, de manera que, si se producen retrasos relevantes, se distribuye a otros proveedores. En el mes de mayo 2015 continuó la tendencia a la baja de los requerimientos de la empresa, que redujo un 16% sus requerimientos en el mes de junio, si bien en dicho mes se redujeron globalmente los requerimientos a los demás proveedores en 11% con respecto al mes de mayo.

5°.- El 12-02-2016 INDRA comunicó al comité de empresa la extinción de 34 contratos de obra, con base a la reducción del 50% de los servicios de televenta contratados con VODAFONE.

6°.- En las fechas, que se dirán a continuación, VODAFONE comunicó a INDRA la extinción de los contratos mercantiles existentes entre ellas: 21-04-2016; 9 y 18-05-2016. - Dichas comunicaciones obran en autos y se tienen por reproducidas.

7°.- El servicio requerido de ADSL en mayo 2016 por parte de VODAFONE ascendió a 29.986 y el ofrecido a 30.608. - En junio el requerido bajó a 21.261 y el ofrecido a 22.653 y en julio el requerido ascendió a 17.046 y el ofrecido a 31.711. El requerido de servicios de fibra ascendió en mayo a 78.341 y el ofrecido a 76.231. - En junio el requerido bajó a 59.918 y el ofrecido a 57.560 y en julio el requerido bajó a 35.287 y el ofrecido a 31.711. Los servicios VODAFONE pasaron de un requerido de 108.327 en mayo 2016 y 106.839 ofrecido. - En junio bajó de un requerido de 81.178 a 80.213 ofrecido y en julio un requerido de 52.333 y 47.220 ofrecido. Los servicios de ONO MASIVO pasaron en mayo 2016 de un requerido de 69.534 a

75.863 ofrecido. - En junio bajó de un requerido de 61.978 a 51.968 ofrecido y en julio de 47.594 requerido a 44.321 ofrecido.

8º.- El 27-05-2016 INDRA notificó al comité de empresa la decisión de extinguir 42 contratos de obra con base a lo dispuesto en el art. 17 del convenio, apoyándose en la reducción de los servicios de VODAFONE, que obra en autos y se tiene por reproducida, si bien se desafectó posteriormente a 4 trabajadores. - El 30-05-2016 la empresa notificó a los 38 trabajadores afectados la extinción de sus contratos con efectos de 3-06-2016. El 20-06-2016 la empresa notificó al comité de empresa la decisión de extinguir por las mismas razones 72 contratos de obra, junto con los requeridos emitidos por VODAFONE, celebrándose una reunión, cuya acta obra en autos y se tiene por reproducida. - El 20-06-2016 la empresa notificó a los trabajadores mencionados la extinción de sus contratos de trabajo con efectos de 4-07-2016.

9º.- CCOO convocó el 31-05-2016 huelga para los días 6, 8, 10, 13, 15 y 17-06-2016, cuyos objetivos eran evitar el despido colectivo. - El 15-06-2016 convocó nuevamente huelga por las mismas razones para los días 22, 22, 24, 27 y 29-06-2016 y 1, 4, 6, 8, 11, 13, 15, 18 20 y 22-07-2016 en el centro de Madrid y 23, 27 y 29-06-2016 y 1, 4, 6, 8, 11, 13, 15, 18 y 22-07-2016 en los otros centros afectados por el despido colectivo.

10º.- El 9 de junio de 2016 INDRA notifica a la representación legal de los trabajadores y a la sindical la decisión de la empresa de iniciar el procedimiento de despido colectivo en el seno de la misma. En dicha comunicación se señala que el motivo de dicho despido colectivo es la resolución unilateral por parte de Vodafone Ono S.A.U. y Vodafone España S.A.U. de los contratos de prestación de servicios de atención telefónica a clientes y servicios de activación técnico y back office que la compañía tenía con este cliente. - Los centros de trabajo afectados son el Alcalá 506 sito en la calle Alcalá 506 de Madrid, el centro Interface sito en la calle Tánger 99 de Barcelona y el centro Traginers sito en la avenida del mismo nombre de Valencia.

11º.- El 17-06-2016 se constituyó la comisión negociadora, compuesta por 9 miembros de CCOO; 2 de UGT; 1 de CGT y 1 de USO. - La empresa aportó la documentación siguiente:

CCOO solicitó el balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias de mayo de 2016 y el impuesto de sociedades de los años 2014 y 2015. - Solicitó, junto con UGT y USO, que las salidas voluntarias se indemnizaran con 20 días por año para los indefinidos y 12 días por año para los contrato por obra. - UGT solicita que se facilite un listado ciego de todos los trabajadores que prestan servicios en el perímetro afectado (incluidos trabajadores temporales y trabajadores de ETT) incluyendo salario, antigüedad, edad, centro de trabajo y tipo de contrato.- CGT solicitó todos los contratos mercantiles suscritos con Vodafone; información acerca del motivo por el que se aplica el convenio colectivo de Contact Center en el centro de Valencia y no en los de Madrid y Barcelona; información acerca de las extinciones producidas en el marco del artículo 17 del Convenio de Contact Center en la medida en que entienden que no están amparadas en una reducción real del servicio sino en una previsión trasladada por Vodafone; información sobre las gestiones realizadas por Vodafone en relación con la aplicación lo establecido en el artículo 18 del Convenio, de Contact Center por Marktel y volumen de llamadas entrantes tras la solicitud del requerido que da lugar a la extinción de contratos de trabajo de duración determinada. - La empresa se comprometió a estudiar dichas propuestas.

La empresa entregó en esa fecha la documentación siguiente:

DOCUMENTO NÚMERO 1: Poderes de representación de D. Darío , firmante de la comunicación en nombre y representación de la Empresa.

DOCUMENTO NÚMERO 2: Informe Técnico elaborado por expertos independientes ajenos a la Empresa (FOREST PARTNERS) justificativo de las causas que fundamentan la adopción de las medidas de despido colectivo, y CD con Anexos.

DOCUMENTO NÚMERO 3: Memoria Explicativa de los motivos, hechos y causas en los que se fundamenta el despido colectivo y motivan la adopción de las mismas.

DOCUMENTO NÚMERO 4: Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados y periodo de aplicación del despido colectivo.

DOCUMENTO NÚMERO 5: Documento que recoge el número de trabajadores afectados por el despido colectivo según su clasificación profesional y por centro de trabajo.

DOCUMENTO NÚMERO 6: Documento que recoge el número y la clasificación profesional de los trabajadores del centro de trabajo empleados habitualmente durante el último año.

DOCUMENTO NÚMERO 7: Plan de recolocación externa elaborado por la empresa Manpower.

DOCUMENTO NÚMERO 8: Documentación relativa a la representación social:

- i. información sobre la composición de la representación legal de los trabajadores en los centros de trabajo afectados,
- ii. copia de las actas de elección de los miembros de los comités de empresa de los centros de trabajo afectados, y
- iii. copia del acta de constitución de la Comisión Representativa.

Segunda reunión de la comisión negociadora .

El 22-06-2016 se reúne nuevamente la comisión negociadora, donde la empresa advierte que 51 trabajadores se niegan a que sus datos sean cedidos a la nueva concesionaria. - CCOO contestó que era debido a que se pedían informaciones sobre condición de delegado sindical o reducción de jornada, respondiéndose por la empresa que era una mera intermediaria. CGT reprocha a la empresa, adhiriéndose UGT a la protesta, por la extinción de los 110 contratos de obra mencionados más arriba. - Entienden que dichas extinciones debieron incluirse en el perímetro del despido colectivo. - La empresa admite que hubo descoordinación entre Madrid y Valencia a la hora de convocar la reunión de 20-06-2016, pero mantiene la debida extinción de los contratos de obra con base al art. 17 del convenio aplicable. La empresa accede a la entrega del balance de situación y la cuenta de pérdidas y



ganancias, aunque no está obligada a hacerlo porque el despido colectivo no se basa en causas económicas. - Admite aportar el impuesto de sociedades de 2014, pero no puede aportar el de 2015, porque no estará hasta el 25-07-2016. - Admite también el listado solicitado por UGT. - Respecto de la solicitud de aportar todos los contratos suscritos anteriormente con Vodafone (no sólo los vigentes que ahora resuelve), la Empresa manifiesta que los mismos son muy numerosos y voluminosos, así como que incluyen cláusulas de confidencialidad muy estrictas que impiden su difusión, que contienen mucha información totalmente ajena al procedimiento de despido colectivo y que el incumplimiento de la obligación de confidencialidad podría generar una demanda por daños y perjuicios contra la Empresa. - Manifiesta no obstante que entiende la razón por la que se solicitaban, esto es, el análisis de la causa de temporalidad de los contratos por obra o servicio determinado, y muestra su disposición para que se pueda realizar ese análisis de otra forma. La RT insiste en la aportación de la totalidad de los contratos, porque hay muchos contratos en fraude de ley y es imprescindible para comprobar si se utiliza fraudulentamente o no el art. 17 del convenio. La empresa informa que aplica el convenio de CONTACT CENTER en el centro de Valencia, porque lo impuso una sentencia y destaca que los sueldos son superiores en Madrid y Barcelona. - Niega, por otra parte, que quepa la subrogación contractual, porque no lo dispone así el art. 18 del mencionado convenio. - Informa que aportará las llamadas requeridas por VODAFONE hasta el 20-06-2016 en cuanto tenga el dato. - Se debate, a continuación, sobre la indemnización por salidas voluntarias y se aporta, a continuación, la documentación indicada. - CCOO solicita que se paralicen contrataciones, que se publiquen las vacantes y que se procure recolocar a los trabajadores en ellas, o la promoción de otros trabajadores, que dejen las vacantes a los despedidos. - UGT solicita que se complete el listado ciego, exige que se incluya en el perímetro del despido a los trabajadores con contrato de obra y cuestiona determinados aspectos de la memoria. - CGT mantiene sus posiciones previas e insiste en la inexistencia de causas, por considerar que el Grupo INDRA está en condiciones de mantener a todos los despedidos. - USO hace suyas las alegaciones de los demás sindicatos.

Se anexaron al acta los documentos siguientes:

- Resolución de la comisión paritaria del convenio de Contact Center de 6-11-2013, referida a la interpretación del art. 17 del convenio, que dice lo siguiente:

"El artículo 17 dice en su párrafo primero que podrá extinguirse el contrato de obra o servicio determinado en aquellos Supuestos que por disminución real por disminución de la obra o servicio contratado resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la ejecución, en cuyo caso se podrá reducir el número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, proporcional a la disminución del volumen de la obra o servicio" .

- Acta reunión entre la empresa y el comité de 20-06-2016.
- Modelo 200 correspondiente al ejercicio 2014.
- Listado personal afectado por el despido colectivo.
- Balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias a 1-05-2016.

#### Tercera reunión

El 29-06-2016 se reúne la comisión negociadora, donde la empresa defiende que las extinciones de contratos de obra con base a lo dispuesto en el art. 17 del convenio se ajustan a derecho y mantiene que mantener a ese personal en activo dificultaría su recolocación en la nueva adjudicataria MARKTEL. - Admite paralizar contrataciones, que pudieran ser ocupadas por trabajadores afectados y se aviene a publicar vacantes y que se promocionen otros trabajadores de la empresa para abrir más opciones a los despedidos e informa que está pendiente de la autorización de VODAFONE para aportar todos los contratos anteriores. - Insiste en no incluir a los temporales en el perímetro del despido colectivo e informa que está recopilando información sobre volumen de llamadas entrantes y que no tiene cuentas provisionales de 2016, así como inexistencia de otros Contact Center en el grupo. - Adjunta tabla desglosada de centros e informa sobre la realización de 485 horas extraordinarias a 30-04-2016, así como la existencia de 192 contratos de duración determinada y 813 trabajadores de ETT, aclarando que no prevé la consecución de nuevos proyectos a corto plazo. - Los miembros de la comisión negociadora mantienen las posiciones previas, insistiendo, sobre todo, en la indebida aplicación del art. 17 del convenio y en la existencia de múltiples contratos en fraude de ley, así

como en la posibilidad real de recolocar a todos los despedidos, teniéndose por reproducidas sus manifestaciones. - La empresa informa que el 90% de las extinciones del art. 17 del convenio han sido recolocados en Marktel y los sindicatos reiteran sus quejas una vez más.

La empresa hizo los ofrecimientos siguientes:

1. Se accede a la posibilidad de que el personal afectado por la resolución de los contratos de Vodafone (indefinidos y temporales por obra o servicio) pueda adherirse voluntariamente al procedimiento de despido colectivo y resolver su contrato de trabajo con carácter previo a la finalización del periodo de consultas, siempre que las condiciones del servicio así lo permitan, a la sola valoración de la Empresa. En tal caso los trabajadores percibirían la indemnización que les hubiera correspondido en caso de extinción contractual (esto es 11 o 12 días por año de servicio en caso de temporales y 20 días por año de servicio con tope de 12 mensualidades en caso de trabajadores indefinidos). La fórmula jurídica sería la correspondiente a la realidad de los hechos (extinción indemnizada a instancias del trabajador y aceptada por la empresa), esto es, la del mutuo acuerdo entre las partes, por lo que la indemnización a abonar será objeto de la tributación que proceda en cada caso. A efectos de tramitar estas adscripciones voluntarias, se solicita a la RT que transmita esta oferta con carácter inmediato a los trabajadores de modo que aquellas adhesiones voluntarias que se reciban antes de que las finalizaciones de los contratos de duración determinada sean efectivas -es decir, antes del 1 y 4 de julio- serán aceptadas, dejando sin efecto un número proporcional de finalizaciones del art. 17 ya preavisadas.

2. Se accede también a la solicitud de adhesiones voluntarias de trabajadores no afectados por la resolución de los contratos de Vodafone (indefinidos y temporales por obra o servicio), siempre que:

a. La solicitud de adhesión venga con la identificación de un trabajador sustituto sí afectado.

b. Se trate de trabajadores (solicitante y sustituto) equivalentes en términos de perfil profesional y costes, quedando ello a la sola estimación de la empresa.

3. La Empresa propone formar una subcomisión con la RT para que pueda analizar los contratos temporales existentes e identificar aquellos que puedan considerarse irregulares de cara a su conversión en indefinidos y que puedan ser tratados como tales en el ámbito del despido colectivo. La RT considera positiva la subcomisión mencionada, pero no comparte las propuestas de recolocación.

#### Cuarta reunión:

El 1-07-2016 se reúne la comisión negociadora, donde la empresa manifiesta que VODAFONE no ha autorizado la aportación de los contratos anteriores, aunque resumió esencialmente sus contenidos. - Informa, a continuación, que la RT ha tenido acceso a la misma documentación que el experto independiente que elaboró el informe técnico, incluyendo estados financieros de la empresa en 2015 y 2016, así como el balance y cuenta de pérdidas y ganancias a 31-05-2016. - Informa, a continuación, sobre las recolocaciones realizadas o en fase de ejecución, así como sobre las adhesiones voluntarias a la medida por trabajadores no afectados por el despido colectivo. - La RT mantiene sus quejas sobre la aplicación del art. 17 del convenio y discute que el proceso de recolocación sea el más adecuado, si bien CGT reitera la necesidad de aportación de los contratos previos con el cliente. - La empresa se compromete a mejorar la información para promocionar de la mejor manera las recolocaciones y aporta el listado de conversiones de contratos temporales en indefinidos desde el 1-01-2016.

#### Quinta reunión:

El 7-07-2016 se reúne la comisión negociadora, donde la empresa comunica que en la subcomisión de contratación temporal se convino convertir en indefinidos 18 contratos, que se incluyen en el perímetro del despido colectivo. - La empresa informa que ha novado en indefinidos, incluyéndoles en el despido colectivo, a los 24 trabajadores que prestan servicios en el BOU de Valencia. - Manifestó, a continuación, su sorpresa porque ningún trabajador solicitara, como se había convenido, disfrutar permisos no retribuidos para asegurar lo dispuesto en el art. 18 del convenio, por lo que insiste en dejar fuera de la negociación las extinciones del art. 17. - Informa sobre las empresas, que han sucedido a INDRA y se aporta

información actualizada del número de vacantes presentadas a los trabajadores y a la RT hasta la víspera, día 6 de julio, con copia de las ofertas remitidas a todas las partes. En concreto, de Indra BPO Servicios se han remitido 142 ofertas de trabajo (32 en Sevilla, 32 en Madrid, 73 en Barcelona, 4 en Palma de Mallorca y 1 en Barakaldo). Se han recibido 68 candidaturas (15 de Madrid, 39 de Barcelona y 14 en Valencia), se han realizado 52 entrevistas y la Empresa confirma que se han producido 17 recolocaciones (todas en Barcelona). - Señala que en la compañía Indra Software Labs (ISL), se han presentado 44 vacantes, la Empresa ha recibido 24 candidaturas y hasta la fecha no se han realizado entrevistas. - La RT debate vivamente sobre el proceso de recolocación, proponiendo múltiples iniciativas que, recogidas en el acta, se tienen por reproducidas.

La empresa aporta el listado de contratos suscritos con VODAFONE con ampliación de su objeto y recuerda que no está en condiciones de elaborar información fidedigna sobre el volumen de llamadas durante la huelga, porque dicha información solo la tiene disponible VODAFONE. - Admite su disposición a negociar una bolsa de empleo e indica que debe ponerse límite a la fecha de adscripciones voluntarias.

A continuación realiza la propuesta siguiente:

- Indemnización: ofrece el abono de una indemnización de 22 días por año de servicio sin tope.

-Recolocaciones voluntarias con compensación: A los efectos de incentivar la recolocación de trabajadores afectados en el procedimiento y atenuar las consecuencias de la diferencia salarial que pudiera producirse, la empresa ofrece que la reducción salarial se compense con una indemnización equivalente a 20 días de la diferencia salarial correspondiente por año de servicio.

Ejemplo: trabajador con 6 años de antigüedad que se adhiere a una vacante donde percibe 3.500 menos de salario anual:

$$\text{Indemnización} = 20 \times (3.500/365) \times 6 = 1.150,68$$

-Bolsa de recolocación: Se ofrece crear una bolsa de empleo con duración hasta el próximo 31 de julio de 2017 en la que quedarán incluidos todos los trabajadores

cuyo contrato se extinga en el marco del presente procedimiento de despido colectivo. Dichos trabajadores tendrán un derecho preferente a ser nuevamente contratados por la compañía para ocupar puestos de trabajo de nueva creación en la misma, siempre que cumplan los requisitos de idoneidad exigidos. Aquellos trabajadores que sean efectivamente recolocados durante el periodo de vigencia de la bolsa de recolocación, deberán devolver a la empresa la indemnización percibida junto con la comunicación de extinción de sus contratos; asimismo la empresa reconocerá al trabajador el periodo de prestación de servicios tenido en cuenta para el cálculo de dicha indemnización .

La RT manifiesta su disconformidad con las ofertas propuestas por la empresa y reprochan el escaso número de recolocaciones ofertadas, así como sus condiciones retributivas, denunciándose por CGT la utilización fraudulenta del art. 17 del convenio y también la lesión del derecho de huelga. - No obstante, CCOO propone el someter la propuesta que se alcance a referéndum vinculante de los trabajadores.

La empresa aportó la documentación siguiente:

I. Conclusiones de la subcomisión de contratación temporal reunida el día 5 de julio de 2016.

II. Relación de trabajadores de BOU cuyos contratos serán convertidos en indefinidos e incluidos en el perímetro de despido colectivo.

III. Contestación de Vodafone a la solicitud de información de las empresas que han ganado los servicios.

IV. Información actualizada del número de vacantes presentadas a los trabajadores y a la RT hasta el día 6 de julio de 2017, con copia de las ofertas remitidas a todas las partes.

V. Relación de contratos de prestación de servicios suscritos con Vodafone con indicación de fecha de suscripción con ampliación del objeto de cada uno de ellos.

Sexta reunión :

El 11-07-2016 se reúne la comisión negociadora, donde la empresa informa, en primer lugar, sobre el proceso de recolocación, así como sobre las posibles

contrataciones de personal afectado por Conecta. - Informa también sobre la situación del "soporte técnico mobility para Ono", que continúa pendiente de resolución y sobre los rangos salariales de los servicios prestados a ENDESA y al BANCO SABADELL y se reitera la colaboración empresarial para facilitar el referéndum, asumido por la RT, salvo por CGT, comprometiéndose a reconsiderar su oferta. - La RT continúa considerando insuficiente la propuesta empresarial y plantean diferentes reproches sobre la calidad de la información aportada por la empresa. - Ante esos reproches la empresa manifiesta lo siguiente:

En cuanto a las ofertas de vacantes, se confirma que todas las vacantes se remiten a la totalidad del personal afectado (con independencia de su centro de trabajo). Ante la propuesta de la RT la empresa ofrece que, para incentivar la recolocación del personal de Valencia, aquellos trabajadores de ese centro que acepten su recolocación en otra localidad reciban (i) el pago del coste de la mudanza (conforme a los términos de la política de mudanzas de Indra) y (ii) un plus destino durante el primer año de traslado equivalente a 200 brutos mensuales, a pagar en 12 mensualidades. La Empresa confirma que en la próxima reunión se va a facilitar a la RT el censo de los trabajadores afectados por el despido colectivo para que participen en el referéndum que quieren los sindicatos, incluyendo nombre, apellidos, DNI, antigüedad, edad y centro de trabajo de cada uno de ellos. Asimismo en cumplimiento de lo acordado por la RT, informará a los trabajadores afectados de cada centro que deban formar parte de la mesa electoral, de su condición de Presidente o Secretario de cada una de ellas. Finalmente confirma que las asambleas y la votación se realizarán en horario de trabajo y que el periodo de ausencia de los trabajadores se considerará permiso retribuido. En relación con las alegaciones relativas al cumplimiento del art. 18, la Empresa confirma que ha mantenido diversos contactos con Marktel informándole de su obligación de aplicar el art. 18 del Convenio al personal afectado y que asumía que esa información se había incluido como anexo 2 al informe técnico elaborado por el experto independiente. No obstante tras la revisión del CD entregado a la RT como adjunto al informe, ha detectado que el fichero que debía contener las comunicaciones con Marktel contenía por error el contenido del anexo 1, duplicado. Por este motivo se entrega como documento no 4

copia de las comunicaciones mantenidas con Marktel en fechas 26 de mayo de 2016 y 2 de junio de 2016, que deberían haberse incluido como anexo del informe técnico junto con otros burofaxes que también se dirigieron a Marktel y que se facilitarán a la RT en la próxima reunión. A la solicitud de la lista de distribución de correos electrónicos del personal afectado la empresa recuerda que el asunto ya había sido tratado en una reunión previa en que CGT ya la había pedido para tener igual trato que CCOO, y que en aquella ocasión ya se aclaró que la Empresa no ha facilitado estos datos a ninguna sección sindical, ya que los envíos a listas de distribución no se permiten por política de empresa, sin perjuicio de que algún sindicato haya podido elaborar su propio listado. Respecto a la información solicitada sobre voluntarios, la Empresa confirma que hasta el momento se han adherido 15 voluntarios fuera del perímetro de afectados por las amortizaciones del despido colectivo, cuyos perfiles se han incluido entre las vacantes. No obstante, se trata de un personal con un perfil específico muy financiero, con mucha antigüedad y salarios también muy por encima de los de los trabajadores afectados por el despido colectivo, por lo que es difícil que sean sustituidos. Sin perjuicio de ello, es posible que uno de esos voluntarios pueda encajar y ser sustituido por un trabajador afectado. Como se indicó en la reunión anterior, el personal voluntario saldría en el marco del despido colectivo si su salida se produce una vez finalizado el periodo de consultas.

La empresa adjuntó la documentación siguiente:

I .Resumen de vacantes de la Empresa presentadas a los trabajadores y a la RT hasta el día 11 de julio de 2016.

II. Resumen de vacantes de ISL presentadas a los trabajadores y a la RT hasta el día 11 de julio de 2016.

III. Contestación de Konecta de fecha 8 de julio de 2016 a la solicitud de información acerca de posibles contrataciones de personal de la Empresa.

IV. Burofaxes remitidos entre la Empresa y Marktel en relación con el cumplimiento del art. 18 del convenio de Contact Center, de fechas 26 de mayo y 2 de junio de 2016.

Séptima reunión:



El 13-07-2016 se reúne nuevamente la comisión negociadora, donde la empresa aporta las comunicaciones realizadas a MARKTEL y a KONECTA; entrega el censo electoral de los centros de trabajo afectados; se confirma que el perímetro del despido colectivo es de 400 trabajadores, en los que se incluyen los trabajadores temporales cuyos contratos se han reclasificado tras la reunión de la subcomisión de contratación temporal (18), trabajadores de BOU (24), los 3 trabajadores identificados por UGT en la anterior reunión (Carmela , Olegario y Inés), una trabajadora que se encontraba en excedencia por cuidado de hijo y dos trabajadores con contratos de formación que habrá que despedir al finalizar los contratos con Vodafone anticipadamente. Se informa, a continuación, sobre el número de vacantes, concretadas del modo siguiente:

En BPO se han producido 149 vacantes, se han presentado 83 candidatos, 83 entrevistas celebradas y se han producido 36 recolocaciones (9 en Madrid y 27 en Barcelona); en ISL se han producido 46 vacantes, se han presentado 39 candidatos, se han celebrado 33 entrevistas y se han producido 9 recolocaciones (8 en Valencia y 1 en Madrid) y en Indra Sistemas se han producido 131 vacantes, se han presentado 4 candidatos, se han celebrado 4 entrevistas y se han producido 2 recolocaciones en Barcelona, confirmándose que se han producido 47 recolocaciones. Adicionalmente la Empresa confirma que el plazo de adhesión voluntaria se mantiene hasta el próximo viernes 15 a las 15 horas. En cuanto al rechazo de candidaturas, confirma que muchos trabajadores están rechazando las ofertas por motivos de salario (a pesar de que las ofertas de BPO del área de energía de Madrid, Barcelona y Palma de Mallorca se han mejorado hasta 15.000 anuales), horario, e incluso porque la incorporación puede modificar la fecha de sus vacaciones. Además puntualiza que se han remitido más de 400 ofertas, si bien hay 180 correos que ni siquiera se han abierto por los trabajadores destinatarios de los mismos. La Empresa confirma que se han presentado 21 voluntarios externos al perímetro de despido colectivo (18 en Barcelona y 3 en Madrid) y cree que al menos tres de ellas podrán aceptarse y sustituir a tres trabajadores inicialmente afectados e informa que la extinción colectiva se retrasará al 3-08-2016. A continuación realizó las propuestas siguientes:

a) Indemnización: Se ofrece el abono de una indemnización de 25 días por año de servicio.

A efectos de cálculo de dicha indemnización, se tomará en consideración el salario fijo percibido por el trabajador en el momento de extinción, así como el salario variable percibido en los 12 meses inmediatamente anteriores, dividido entre 365 días.

b) Compensación por la reducción salarial: A los efectos de incentivar la recolocación de trabajadores afectados en el procedimiento y atenuar las consecuencias de la diferencia salarial que pudiera producirse, la Empresa ofrece que la reducción salarial se compense con una indemnización bruta equivalente a 25 días de la diferencia salarial correspondiente, por año de servicio.

c) Compensación por traslado de personal del centro de trabajo de Valencia: Con el objetivo de incentivar la recolocación del personal afectado del centro de trabajo de Valencia, mantenemos el ofrecimiento de que aquellos trabajadores de ese centro que acepten su recolocación en vacantes existentes en otra localidad recibirán:

(i) El pago del coste de la mudanza (conforme a los términos de la política de mudanzas de Indra) y (ii) un plus destino durante el primer año de traslado equivalente a 200 brutos mensuales, a pagar en 12 mensualidades.

d) Mantenimiento del ofrecimiento de bolsa de empleo. Tras un debate, en el que CCOO, UGT y USO valoran positivamente el esfuerzo empresarial, si bien lo consideran insuficiente, mientras que CGT mantiene esencialmente la posición defendida hasta la fecha, INDRA efectuó su propuesta definitiva, consistente en lo siguiente:

#### I. INDEMNIZACIÓN:

Se ofrece el abono de una indemnización de 30 días de salario por año de servicio. A efectos de cálculo de dicha indemnización, se tomará en consideración el salario fijo percibido por el trabajador en el momento de extinción, así como en su caso el salario variable percibido en los 12 meses inmediatamente anteriores, dividido entre 365 días.

## II. FECHA DE EXTINCIÓN:

La extinción de los contratos del personal afectado se producirá entre el periodo comprendido entre el final del periodo de consultas y el próximo día 5 de agosto de 2016 en que finalicen de manera definitiva los servicios para Vodafone Ono, con el cumplimiento del preaviso legalmente establecido.

## III. NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS:

El número total de trabajadores afectados será de un máximo de 400 trabajadores, del que se descontarán aquellos trabajadores que opten por ser recolocados en alguna de las vacantes ofrecidas durante el periodo de consultas.

## IV. RECOLOCACIONES VOLUNTARIAS:

### 4.1 Plazo de adhesión a vacantes:

El personal afectado por el despido colectivo podrá comunicar a la Empresa su adhesión a cualquiera de las vacantes publicadas hasta el próximo día 15 de julio a las 15 horas. Las solicitudes de adhesión voluntaria comunicadas fuera del plazo indicado podrán ser valoradas por la Empresa en función de las posibilidades organizativas al momento en que reciba la solicitud.

4.2 Mejora de condiciones económicas de las ofertas de vacantes en el área de energía de BPO en los centros de trabajo de Madrid, Barcelona y Palma de Mallorca:

Al objeto de incentivar las recolocaciones del personal afectado, y ante la divergencia salarial observada, la Empresa se compromete a que en las vacantes ofertadas en el área de energía de la Empresa en los centros de trabajo de Madrid, Barcelona y Palma de Mallorca el salario aplicable se mejore hasta 15.000 brutos anuales de remuneración anual total.

### 4.3 Compensación por la reducción salarial:

A los efectos de incentivar la recolocación de trabajadores afectados en el procedimiento y atenuar las consecuencias de la diferencia salarial que pudiera producirse, la Empresa ofrece que la reducción salarial se compense con una indemnización bruta equivalente a 30 días de la diferencia salarial correspondiente, por año de servicio.

#### 4.4 Garantía de recolocación preferente en nuevos proyectos de Telco:

Los trabajadores que se acojan voluntariamente a las vacantes ofertadas en el marco del presente procedimiento de despido colectivo tendrán un derecho preferente a volver a ser asignados, en aquellos puestos compatibles con su perfil profesional y a igualdad de condiciones de idoneidad con otros candidatos, a los nuevos proyectos de Telco que pudiera ganar la empresa Indra BPO Servicios, S.L.U. en el futuro. Este derecho preferente aplicará de forma prioritaria en relación con el de los trabajadores cuyo contrato sea extinguido en el marco del presente procedimiento de despido colectivo y pasen a ser integrados en la bolsa de empleo al que se hace referencia en el apartado 7 posterior. En particular, los trabajadores del centro de trabajo de Valencia afectados en el presente procedimiento que hayan aceptado su recolocación en vacantes de otra localidad tendrán preferencia absoluta sobre el resto para poder ser reasignados en posiciones que surjan en Valencia en nuevos proyectos de Telco de Indra BPO Servicios, S.L.U.

#### 4.5 Compensación por traslado de personal del centro de trabajo de Valencia:

Con el objetivo de incentivar la recolocación del personal afectado del centro de trabajo de Valencia, aquellos trabajadores de ese centro que acepten su recolocación en vacantes existentes en otra localidad recibirán:

(iii) el pago del coste de la mudanza (conforme a los términos de la política de mudanzas de Indra) y

(iv) un plus destino durante el primer año de traslado equivalente a 300 brutos mensuales, a pagar en 12 mensualidades.

#### 4.6 Garantía indemnizatoria:

Indemnización El personal afectado por el procedimiento de despido colectivo que se adhiera voluntariamente a alguna de vacantes existentes, gozará de una garantía indemnizatoria durante los 12 meses inmediatamente posteriores a la fecha de incorporación a su nuevo puesto de trabajo. Esta garantía consiste en que, en caso de que se produzca la extinción de su contrato de trabajo durante el periodo indicado por causa no imputable al trabajador, la indemnización a la que tenga derecho sea

calculada tomando en consideración el salario percibido por el trabajador con carácter previo a la reducción salarial aplicada con motivo de dicha recolocación.

#### V. EXTINCIONES VOLUNTARIAS DE PERSONAL AFECTADO POR EL DESPIDO COLECTIVO:

Aquellos trabajadores afectados por el despido colectivo que opten por la resolución voluntaria de su contrato de trabajo con carácter previo a la fecha de su extinción, percibirán un importe bruto equivalente a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con un tope de 12 mensualidades. Dicha cuantía será objeto de las retenciones y cotizaciones a la Seguridad Social que correspondan conforme a la normativa aplicable.

#### VI. ADHESIÓN VOLUNTARIA AL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO:

Aquellos trabajadores que no formando parte del colectivo afectado por las amortizaciones de puestos de trabajo derivadas del presente despido colectivo deseen adscribirse voluntariamente al mismo podrán ser incluidos en el perímetro de afectación siempre y cuando pueda ser reemplazado por otro trabajador que estuviere afectado por razón de la amortización de su puesto de trabajo, y cuyo perfil profesional y coste indemnizatorio y salarial sean equiparables.

#### VII. BOLSA DE RECOLOCACIÓN:

Se ofrece crear una bolsa de empleo con duración hasta el próximo 31 de julio de 2017 en la que quedarán incluidos todos los trabajadores cuyo contrato se extinga en el marco del presente procedimiento de despido colectivo. Dichos trabajadores tendrán un derecho preferente a ser nuevamente contratados por la compañía para ocupar puestos de trabajo de nueva creación en la misma, siempre que cumplan los requisitos de idoneidad exigidos. Aquellos trabajadores que sean efectivamente recolocados durante el periodo de vigencia de la bolsa de recolocación, deberán devolver a la empresa la indemnización percibida junto con la comunicación de extinción de sus contratos; asimismo la empresa reconocerá al trabajador el periodo de prestación de servicios tenido en cuenta para el cálculo de dicha indemnización.

#### VIII. PLAN DE RECOLOCACIÓN EXTERNO:

Los trabajadores cuyo contrato se extinga como consecuencia del despido colectivo tendrán derecho a adherirse al plan de recolocación externo suscrito por la Empresa, con una duración máxima de 9 meses.

#### IX. PLAN RETRIBUCIÓN FLEXIBLE (REFLEX):

La Empresa ofrece incorporar a los trabajadores cuyo contrato se extinga como consecuencia del despido colectivo, al grupo de trabajadores "ex-empleados Indra" de la compañía Willis, el cual tiene unas condiciones de contratación más favorables que las que ofrece el mercado, en relación con los servicios de salud y seguro de vida y accidente.

#### X. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO:

La Empresa ofrece constituir una comisión de seguimiento integrada por la representación de las secciones sindicales que firmen el acuerdo final, para la interpretación, aplicación e información sobre todos los aspectos contenidos en la presente oferta . CCOO, UGT y USO aceptan finalmente la propuesta, si bien sometida a referéndum vinculante de la plantilla, mientras que CGT mantiene su oposición a la medida por las razones defendidas previamente. A la mencionada reunión se anexó la documentación siguiente:

- Censo electoral de los centros afectados.
- Relación de vacantes y personal recolocado.

El mismo día se suscribió el correspondiente preacuerdo, que obra en autos y se tiene por reproducido. De los 400 trabajadores afectados por el despido, participaron en el referéndum 323, de los cuales 237 votaron a favor del sí, 82 en contra, 2 votos en blanco y 2 votos nulos.

Octava reunión :

El 18-07-2016 se reúne finalmente la comisión negociadora y se concluye el período de consultas con acuerdo, suscribiéndose por 12 de los 13 miembros de la comisión social.

12º.- El 20-07-2016 la empresa notificó a la Autoridad Laboral la conclusión con acuerdo del período de consultas. - En la misma fecha, notificó a la RLT su decisión de ejecutar el despido colectivo.

13º.- El 7-07-2016 CGT promovió demanda de conflicto colectivo por las extinciones contractuales basadas en el art. 17 del convenio de Contact Center , cuya tramitación está en suspenso en la actualidad. - El 8-07-2016 CGT presentó denuncias ante la Inspección de Trabajo, quien no ha promovido medidas sancionadoras contra la empresa.

14º.- La empresa ha recolocado finalmente a 60 trabajadores en INDRA BPO y 11 en INFRA SOFTWARE LARS.

15º.- La pérdida del contrato de VODAFONE comporta que INDRA ha perdido uno de los clientes más relevantes (representa más de 15 millones de euros de facturación siendo el segundo en importancia por importe contratado por año para la Sociedad) y supone, en la práctica, el desmantelamiento del servicio en el sector Telecomunicaciones, ante la poca relevancia del resto de los contratos con otros operadores del sector. - El Contrato de Vodafone representaba aproximadamente el 12,5%-13% de la actividad de la Sociedad (aproximadamente 15-16 millones de euros anuales frente a una cifra de negocio total de 120 millones de euros en el año 2015), y más del 80% de la actividad en el sector de Telco. En el contrato de Vodafone trabajaban 563 empleados de INDRA de los 2.816 empleados de la empresa, de los cuales 401 prestaban servicios en el centro de trabajo de Valencia, donde el 100% de la plantilla se encontraba adscrita al contrato reiterado, al que se adscribieron adicionalmente 73 y 34 profesionales de la Sociedad de los centros de Barcelona y Madrid, respectivamente (además de los 55 del centro de trabajo de Tánger) se dedicaban únicamente a la prestación de los servicios a Vodafone contemplados en el contrato. - Este personal se dedicaba a resolver incidencias de averías y ofrecer soporte para su rápida reparación, lo cual requiere perfiles técnicos con formación específica y superior a la de otros empleados de INDRA que trabajan en otros contratos y percibían salarios más elevados (en un entorno del 7%-10% superior a la media). En los últimos años la fuerte competencia en el sector de las telecomunicaciones ha reducido un 30% la facturación del sector. - La competencia

dificulta, del mismo modo, la consecución de nuevas contrataciones, no existiendo actualmente previsiones de nuevas contrataciones en el sector de telecomunicaciones, que pudieran necesitar desplegar un número de trabajadores relevante. Los resultados de INDRA SISTEMAS han pasado en miles de euros de 115,8 (2013), a 91,9 (2014) y - 641,9 (2015). - El resultado del primer trimestre 2015 ascendió en miles de euros a - 19,6, mientras que el primer trimestre 2016 arrojó un resultado de 11,9. El resultado de INDRA BPO pasó en miles de euros de 3,5 (2014), 4, 9 (2015), mientras que en el primer trimestre de 2015 arrojó un resultado en miles de euros de - 0, 6, que pasaron a 0, 0 en el primer trimestre de 2016. - Si no se llevaran a cabo las medidas de reestructuración planteadas, la previsión de cierre para el ejercicio 2016 es de generar pérdidas de 0,2 a 1,4 millones de euros, mientras que la racionalización de la estructura provocará en el ejercicio 2016, un ahorro estimado de 5 millones de euros, antes de costes de reestructuración. Se han cumplido las prescripciones legales.»

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre del Sindicato Confederación General del Trabajo (CGT). Su Letrado, Sr. Garrido Palacios, en escrito de fecha 5 de diciembre de 2016, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS , por infracción del art. 28 CE así como el art. 6.5 RD-Ley 17/1977 . SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS , por infracción del art. 51.2 ET , art. 2.3.a) Directiva 93/59 del Consejo de las Comunidades Europeas así como el art. 4.2 del RD 1483/2012, de 29 de octubre . TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS , por infracción del art. 51.1 ET . CUARTO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS , por infracción art. 51 ET .

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate para la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 LOPJ . A tal efecto, para su celebración, se señala el día 12 de julio actual, convocándose a todos los Magistrados de la Sala, en cuya fecha tuvo lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

### PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Accede a este segundo grado jurisdiccional la impugnación del despido colectivo que la empresa INDRA BPO SERVICIOS S.L.U. (en adelante, Indra) ha realizado, tras seguir el correspondiente procedimiento y alcanzar un acuerdo con la mayoría sindical.

Interesa advertir que se trata de una reestructuración de plantilla por completo diversa de la también llevada a cabo en Indra Sistemas y que dio lugar a la STS 440/2017 de 18 mayo .

#### 1. El despido colectivo tramitado.

El extenso relato de hechos probados que se ha reproducido más arriba no ha sido objeto de impugnación alguna, resultando obligado partir del mismo para resolver esta casación. Para centrar el debate interesa recordar lo siguiente:

A) La empresa INDRA (que presta servicios de diverso tipo) suscribe con ONO (actual VODAFONE) un contrato de prestación de servicios telefónicos para atención a clientes y resolución de averías.

B) Contratos similares tiene suscritos VODAFONE con otras empresas auxiliares, distribuyendo entre ellas las necesidades mediante una aplicación informática.

C) Desde enero de 2016 VODAFONE disminuye el caudal de servicios requeridos a INDRA, basándose en la escasa calidad de los prestados.

El 12 de febrero de 2016 INDRA extingue 34 contratos de trabajo de la modalidad de obra o servicio.

Entre 21 de abril y 18 de mayo de 2016 VODAFONE comunica a INDRA la extinción de tres contratos mercantiles de prestación de servicios.

En mayo y junio de 2016 INDRA acuerda la extinción de otros dos bloques de contratos de trabajo para obra o servicio determinados (38 y 72 personas, respectivamente).

D) El 31 de mayo de 2016 CCOO convoca una huelga tendente a evitar el despido colectivo, extendiéndose durante numerosos días de junio y julio, tanto en el centro de trabajo de Madrid cuanto en los otros afectados por el despido colectivo.

E) El 9 de junio de 2016 INDRA notifica su decisión de iniciar un procedimiento de despido colectivo (PDC) como consecuencia de haber perdido los reseñados contratos de prestación de servicios.

Se celebran varias reuniones, lográndose un preacuerdo que se somete a referéndum; de los 400 trabajadores afectados por el despido, participan 323, de los cuales 237 votaron a favor del sí, 82 en contra, 2 votos en blanco y 2 votos nulos.

Poco después, en el seno de la comisión deliberadora se suscribe el acuerdo con la empresa por 12 de sus 13 miembros (9 de CC.OO., 2 de UGT y 1 de USO; el de CGT no lo asume).

## 2. La sentencia recurrida.

Con fecha 29 de julio de 2016 el sindicato CGT formula demanda de despido colectivo, impugnando el descrito más arriba, y dirigiéndola frente a INDRA BPO SERVICIOS S.L.U., UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), COMISIONES OBRERAS (CCOO), UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), también como parte interesada VODAFONE ONO S.A.U., VODAFONE ESPAÑA S.A.U. y MINISTERIO FISCAL.

Mediante su sentencia 157/2016 de 24 octubre, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional va a declarar ajustado a Derecho el despido. Sus núcleos argumentales pueden resumirse así:

a) Desestima la falta de legitimación pasiva de las clientes codemandadas (VODAFONE ONO S.A.U., VODAFONE ESPAÑA S.A.U.), porque se les imputa expresamente que fueron ellas quienes redujeron el número de servicios durante la huelga.

b) Desestima la nulidad del despido por vulneración del derecho de huelga, porque las empresas clientes venían reduciendo progresivamente los servicios de la

empresa desde el mes de enero con base en la pérdida de calidad del servicio y porque la reducción producida no fue relevante.

c) Desestima también la nulidad del despido basada en la falta de aportación de contratos mercantiles pretéritos, porque se considera que los mismos no eran pertinentes.

d) Descarta la concurrencia de fraude de ley, dolo, coacción, o abuso de derecho por no incluir en el despido colectivo a los contratos de obra extinguidos previamente, porque corresponde a la empresa definir el perímetro del despido colectivo, no siendo objeto del período de consultas resolver si los contratos de obra se extinguieron debidamente o se suscribieron en fraude de ley.

e) Concurren causas productivas y organizativas, porque la empresa perdió su principal cliente en el área de telecomunicaciones, lo que ha supuesto un descenso del 80% de su actividad en dicha área, provocando un exceso de capacidad productiva, que no tiene salida, al no preverse contratos de dicho calado, dándose la circunstancia, por otro lado, que las condiciones dificultan la contratación.

### 3. El recurso de casación y sus impugnaciones.

A) Con fecha 5 de diciembre de 2016 el Abogado y representante de CGT formaliza recurso de casación frente a la sentencia reseñada. Canaliza sus cuatro motivos a través de la cuarta apertura del artículo 207 LRJS ("Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate").

B) Con fecha 21 de diciembre de 2016 el Abogado y representante de CCOO impugna el recurso, oponiéndose de manera ordenada a cada uno de sus cuatro motivos.

C) Con fecha 3 de enero de 2017 el Abogado y representante de Indra impugna el recurso, oponiéndose de manera ordenada y meticulosa a cada uno de sus cuatro motivos.

D) Con fecha 4 de enero de 2017 la Abogada y representante de Vodafone impugna el recurso, si bien ciñéndose al primero de sus motivos, sobre vulneración del derecho de huelga.

#### 4. Los Informes del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 29 de diciembre de 2016, el representante del Ministerio Fiscal ante la Audiencia Nacional impugna el primer motivo del recurso, único relacionado con la vulneración de derechos fundamentales, e interesa su desestimación.

B) Con fecha 15 de marzo de 2017 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala emite su Informe. Repasa, de manera detallada cada uno de los motivos de recurso y expone las razones por las que, a su entender, ninguno de ellos puede prosperar.

#### 5. Introducción de cuestiones nuevas.

Con carácter previo y ante algunas de las alegaciones que se efectúan por el recurrente, debemos recordar la doctrina de esta Sala sobre las llamadas "cuestiones nuevas" en el ámbito de la casación. La reciente STS 422/2017 de 12 mayo (DC Santa Bárbara ) ha compendiado la doctrina sobre el particular.

Salvo en temas de orden público, apreciables de oficio, impera como criterio general la inadmisibilidad de «cuestiones nuevas» en todo recurso. No pueden plantearse válidamente cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas tienen que ser necesariamente rechazadas en ese recurso.

Esta regla tiene su base, fundamento y justificación en el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial español. Se recuerda que el epígrafe VI de la LEC precisa que "la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias con la vista puesta, ... en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso"; y el art. 216 de este mismo cuerpo legal , que se intitula "principio de justicia rogada", dispone que "los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud

de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

Más en concreto ha de excluirse toda cuestión novedosa en el recurso de casación -bien sea ordinario o para la unificación de doctrina-, que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de Derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería -asimismo- los principios de audiencia bilateral y congruencia.

Si por el principio de justicia rogada el Juez o Tribunal sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas. Por tanto, fuera de esos momentos iniciales no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso.

#### 6. Requisitos formales para interponer el recurso.

Los diversos escritos de impugnación y el Informe del Ministerio Fiscal llaman la atención sobre eventuales defectos formales del recurso que deben abocar a su desestimación, sin examinar el fondo. Para aligerar el ulterior razonamiento interesa ahora recordar nuestra doctrina.

En STS 26 enero 2016 (rec. 144/2015) y las muchas que allí se mencionan hemos recordado cómo siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho.

Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación. Por un lado, opera la proyección antiformalista de la tutela judicial, como recalcan las SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998, entre otras muchas. No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999.

Por otro lado, surge la necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos. El principio *pro actione* no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción (STC 37/1995) pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (SSTC 211/1996 y 258/2000).

Respecto de la casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal (STC 17/1985).

Sobre tales bases hemos de abordar el examen de las insuficiencias o anomalías que puedan presentar los escritos del recurso o de su impugnación.

SEGUNDO.- Nulidad por vulneración del derecho de huelga (Motivo 1º del recurso).

#### 1. Formulación.

El primero de los motivos de recurso denuncia la vulneración del art. 28 CE ("Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad")

y del art. 6.5 del Real Decreto- Ley 17/1977 ("En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo").

Se alega, con sustento en la STS de 20 abril 2015 (rec. 354/2014; Despido Colectivo de Coca-Cola), que nos encontramos en un supuesto evidente de esquirolaje externo.

Subraya que la sentencia recurrida no lo ha considerado así pese a reconocer la existencia de una aplicación (tecnológica) por la que, si se producen retrasos relevantes, Vodafone distribuye los requerimientos a otros proveedores (similares a Indra), con lo que se vacía la capacidad de impacto que tiene la huelga sobre la atención de las llamadas, vulnerándose así el derecho de huelga.

En realidad, el motivo se limita a reproducir el FD Quinto de la citada STS de 20 abril 2015 (a modo de una premisa mayor), confrontándolo con lo expuesto por la sentencia recurrida (cual si fuere la premisa menor) y desembocando en la conclusión (ha habido esquirolaje) que debe abocar a la nulidad del despido.

## 2. Consideraciones generales.

A) Es más que dudoso que el primero de los motivos cumpla con las exigencias sobre necesidad de fundamentar la pertinencia del motivo y de especificar la infracción normativa cometida.

Las circunstancias concurrentes en el DC de Coca-Cola son tan singulares como las del presente caso y el recurrente en modo alguno afronta su carga procesal de especificar el modo en que se ha vulnerado el derecho de huelga (lo que meramente afirma) y, sobre todo, la manera en que esa conducta vulneradora vicia el procedimiento negociador del despido colectivo (del que prescinde por completo).

B) Advierten los impugnantes del recurso y el Ministerio Fiscal que CGT está introduciendo ahora una cuestión nueva, pues lo que se pone de manera general en entredicho es un sistema que tiene por única finalidad atender las llamadas de los usuarios con la mayor rapidez y eficacia y que no está pensado para sabotear huelgas.

Es verdad que la demanda no hace referencia a un sistema que conjuga, mediante el correspondiente algoritmo predeterminado, que la previsión de trabajo se distribuya entre los subcontratistas. Ahora bien, la demanda denunciaba la vulneración del derecho de huelga aludiendo a la disminución de llamadas que las codemandadas Vodafone remitían a Indra BPO Servicios y la coincidencia de esa disminución con los lapsos temporales de los paros por la huelga (precisamente para paliar los efectos de esta).

Por lo tanto, aunque el recurso no se centra en la disminución del volumen de llamadas sino en la incidencia del mecanismo que tiene Vodafone de desbordamiento automático de llamadas en función del tiempo de espera, es exagerado entender que existe una auténtica cuestión nueva. La invocación del derecho fundamental de huelga y la conexión de su pretendida vulneración con el modo en que son atendidos los clientes de Vodafone está, desde el principio, en el núcleo del debate procesal.

C) Un tercer obstáculo al éxito del motivo de recurso deriva de la ausencia de reflexión sobre el modo en que la (supuesta) vulneración del derecho de huelga incide en el DC. Nos encontramos en el ámbito de una modalidad procesal de despido colectivo, por lo que determinar si ha habido vulneración de un derecho de huelga solo es posible, y tiene sentido, en la medida en que se argumente sobre el referido enlace lógico.

Como explica la propia STS a partir de la cual se articula el motivo de recurso, estamos ante "dos vertientes" del problema y debe darse una respuesta específica a cada una de ellas.

### 3. Consideraciones específicas.

Si pese a los óbices procesales reseñados, en especial los examinados en las letras A) y C) del apartado anterior, y en aras a una exhaustiva tutela judicial del recurrente, como venimos haciendo cuando se invoca la vulneración de un derecho fundamental, entramos a valorar el contenido del motivo tampoco varía su suerte.

A) No impugnada la crónica judicial de instancia, destaquemos nuevamente algunos aspectos que ahora cobran relevancia para despejar la queja de CGT: 1º El dispositivo automático al que se achaca la vulneración del derecho de huelga estaba



creado por la empresa principal, no por INDRA, para distribuir los requerimientos entre los subcontratistas. 2º Dicho dispositivo estaba establecido de manera general en respuesta a los picos de demanda. 3º Se trata de un sistema de reparto de llamadas (entre las contratistas), que viene operando con carácter previo a la huelga de la contratista INDRA.

B) En las condiciones recién descritas no se percibe cómo ha podido vulnerarse el derecho de huelga, lo que debía haber argumentado y acreditado el recurrente, no meramente afirmado.

El supuesto de base fáctico poco tiene que ver con el examinado en nuestra invocada STS de 20 abril 2015 . Allí había una clara acreditación de que se puso en marcha un recurso productivo específico para contrarrestar la huelga; por el contrario, ahora opera el sistema habitual de redistribución de tareas.

Asimismo, a diferencia de lo que acaece en el caso de la STS 20 abril 2015, el sindicato convocante de la huelga (CCOO) no considera que se haya vulnerado ese derecho, como tampoco lo entienden así los otros dos con mayor presencia (UGT y USO).

En fin, ahora estamos ante una negociación que acaba en un acuerdo masivamente respaldado por los trabajadores y por sus representantes. Nada que ver con el caso utilizado como referencial.

C) Reclama la representante del Ministerio Fiscal que apliquemos la doctrina sentada por la STC 17/2017 de 2 febrero (Pleno), sobre emisión de un partido de fútbol coincidiendo con jornada de huelga en Cadena de Televisión (Telemadrid). Con arreglo a su doctrina:

Ni la Constitución, ni la jurisprudencia constitucional, obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados.

El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas.

La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga -ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar- a contribuir al éxito de la protesta.

No puede exigirse al empresario "que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa", pues ello supone imponerle "una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente".

D) Al igual que sucede en el caso resuelto por la STS 688/2016 de 20 julio (DC Panrico), no hay que olvidar que el despido colectivo se produce como consecuencia de un acuerdo logrado entre empresa y la práctica totalidad de los representantes que negocian por el lado de los trabajadores. "Por tanto, cualquier vulneración del derecho fundamental debería imputarse, también al acuerdo, lo que no sólo no hacen los recurrentes". Además, en el presente DC, como acabamos de recordar, también la mayoría de las personas afectadas por el mismo respalda los términos del acuerdo alcanzado.

La contemplación de estos datos aparece ignorada por el recurso, constituido sobre un sencillo esquema conforme al cual se ha vulnerado el derecho de huelga y el despido es nulo. Pero ni ha quedado acreditado lo primero, ni se ha abordado la conexión entre la conducta supuestamente vulneradora y el DC.

E) Tampoco analiza el recurrente cuanto la sentencia de instancia sí estudia para pronunciarse sobre la alegada vulneración del derecho de huelga. Su FJ Quinto la rechaza por entender que la minoración del "requerido" en junio 2016 no fue significativa teniendo en cuenta que se redujo, a todos los subcontratistas, y que se fue rebajando el requerido a INDRA desde el mes de enero 2016 debido a sus deficientes resultados en la encuesta de calidad de prestación de servicio, lo que provocaría que, a partir de abril 2016 VODAFONE comunicara la extinción de los contratos existentes entre ellas.

En suma, aunque se hubiera denunciado en la demanda como vulneradora del derecho de huelga la mera existencia de este dispositivo objetivo, tal denuncia hubiera sido rechazable.

#### 4. Desestimación.

El primero de los motivos del recurso debe fracasar.

Introduce en casación una causa de nulidad novedosa, no razona sobre el modo en que la eventual vulneración del derecho de huelga contaminaría el despido colectivo y se basa en doctrina sentada al hilo de caso bien diferente al actual.

Aunque, obviando los anteriores, óbices procesales, se examine lo argumentado tampoco puede estimarse el motivo. No ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga. En todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 (Telemadrid) aleja la sombra de la aludida vulneración, sin que resulte viable la comparación con el caso de la STS 20 abril 2015 (Coca-Cola) y sí indicativo que los otros sindicatos rechazan la vulneración afirmada por CGT y pactaron (por abrumadora mayoría) el despido colectivo.

#### TERCERO.- Nulidad por falta de información (Motivo 2º del recurso).

Recordemos que en el periodo de consultas Indra aporta los contratos (mercantiles) vigentes con Vodafone y que la causa alegada para el DC es la resolución unilateral de los mismos por parte de la Compañía de telecomunicaciones.

En ese escenario, la sentencia recurrida considera innecesaria la aportación de los contratos (mercantiles) ya vencidos, mientras que el recurso ve en ello una causa de nulidad del DC.

#### 1. Formulación del motivo.

Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 51.2 ET , art. 2.3 A) de la Directiva 93/59 , y del art. 4.2 del RD 1483/2012 . Pero, más allá de esta mención no hay en el desarrollo de este ordinal una explicación concreta y específica sobre cuál de los apartados que poseen los preceptos invocados se considera vulnerado.

Se alega, de forma genérica, que la aportación de todos los contratos mercantiles entre Vodafone e Indra era necesaria para poder chequear la validez de los contratos laborales de duración determinada que se podían encontrar en fraude de ley y por lo tanto deberían de comprenderse en el ámbito de afectación del despido colectivo.

Al igual que en el caso anterior, la mayor extensión se dedica a la reproducción de doctrina acuñada por esta Sala en anterior ocasión; ahora de trata de la STS de 20 marzo 2013 (rec. 81/2012, Talleres López Gallego ).

Afirma que la negativa de la empresa a entregar todos los contratos solicitados en el periodo de consultas supone una conducta exenta de buena fe, lo que constituye un nuevo argumento para reforzar la declaración de nulidad.

## 2. Doctrina sobre el tema.

Son muchas las ocasiones en que nos hemos pronunciado acerca de los confines que posea la obligación empresarial de aportar documentación al periodo de consultas, tanto en casos de DC cuanto en otros supuestos de medidas reestructuradoras. En las SSTs 688/2016 de 20 julio (Panrico) y 1090/2016 de 21 diciembre ( Seguridad Integral Canaria ) se resume tal doctrina, con cita de numerosos precedentes. Recordemos lo principal.

A) Según dispone el apartado 2 del artículo 51 ET, la comunicación de inicio del procedimiento de despidos colectivos a los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos. Tales términos son los establecidos en el RD 1483/2012, de 29 de octubre. No basta, por tanto, la mera notificación formal a los representantes de los trabajadores del inicio de la consulta y del propósito empresarial, se precisa, además, que ambas vayan acompañadas de toda la información y documentación constitutiva del objeto de la propia consulta, de suerte que la obligación de documentación se configura como parte esencial del deber empresarial de información en el procedimiento de despidos colectivos, que, vinculado a las consultas, conecta, sin duda, con el principio

de buena fe que, por imperativo legal debe presidir la negociación en esta fase procedimental.

B) La información se configura así como un presupuesto ineludible de las consultas. El tema conecta, sin dificultad, con la previsión del artículo 2.3.a) de la Directiva 98/59/CE que, con el fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas al empresario, éste deberá proporcionarles toda la información pertinente. Se trata, obvio es, de una expresión jurídicamente indeterminada que deja en el aire no sólo el entendimiento de qué es lo pertinente, sino, también, la cuestión de quien debe decidir si la información es o no pertinente. En estos casos se impone la lógica jurídica. Así, el empresario cumple, en principio, con entregar a los representantes toda la información exigida por la indicada norma reglamentaria. Nada se opone, más bien al contrario, que voluntariamente acompañe cualquier otra, no exigida normativamente, pero que pueda contribuir al desarrollo de las consultas.

C) Se impone, en todo caso, reiterar el carácter instrumental del deber de información al servicio del derecho a la negociación colectiva en el seno de las consultas lo que implica que no todo incumplimiento de obligación documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada.

Y nos referimos a la «trascendencia» de la documental, porque entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12 [el empresario «deberá aportar»], así como del 124 LRJS [se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «no se haya respetado lo previsto» en el art. 51.2 ET, conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012; y cuando «el empresario no haya entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET, de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012], de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la

consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [art. 207.c) LRJS].

E) Tanto la Directiva 98/59 como el artículo 51.2 ET obligan al empresario a proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente en relación a las medidas extintivas que pretenden adoptar; información que se refiere no sólo a las causas justificativas, sino que alcanza a todos los aspectos del proyecto de despido que se propone llevar a cabo, de suerte que existe un principio de plenitud informativa al que debe atenerse el empresario para facilitar un correcto desarrollo del período de consultas. Desde esta perspectiva, las previsiones de la norma reglamentaria ( RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.) obligan a que la empresa aporte a los representantes de los trabajadores toda la documentación que exigen los artículos 3 a 5 del citado Reglamento. Ahora bien, ni toda omisión del contenido de la información contenida en los indicados preceptos reglamentarios implica un incumplimiento de la obligación de información que nos ocupa, ni ésta queda siempre y en todo caso cumplida cuando los documentos allí expresados se entregan pero se omiten otros que han sido solicitados por los representantes y que se revelan útiles y pertinentes a efectos de poder desarrollar en plenitud las negociaciones inherentes a todo período de consultas.

F) Ello aboca a examinar el cumplimiento de la obligación informativa desde una óptica finalista; es decir el problema de la necesidad de aportación o no de una determinada documentación -no prevista normativamente- vendrá determinada por la solicitud de los representantes de los trabajadores y por la utilidad de la documentación pedida a los fines examinados. La incorrección del despido colectivo por infracción de la obligación informativa vendrá determinada, en consecuencia, por la negativa de la empresa a la aportación de la información solicitada o por su defectuosa aportación, siempre que la solicitud esté justificada puesto que no se puede imponer al empresario la aportación de cualquier documentación no prevista

legalmente salvo que quede acreditada su relevancia para la negociación durante las consultas (STS de 18 de julio de 2014, rec. 288/2013).

### 3. Consideraciones formales.

A) El Ministerio Fiscal insiste en que el recurrente introduce cuestiones nuevas en el recurso: la nulidad del DC por vulneración de la buena fe durante el periodo de consultas debe ser rechazada de plano al ser una causa de pedir la nulidad nueva.

Pero aun siendo ello cierto, CGT se ha venido quejando de la ausencia de la reseñada documentación y si ello fuera cierto también lo sería que no ha habido negociación de buena fe. Por tanto, se está ante línea argumental complementaria o, incluso si se quiere, novedosa pero del todo ínsita en la ya desarrollada ante la Audiencia Nacional.

B) El recurso incurre en una auténtica petición de principio cuando afirma que los despidos que se producen en fraude de ley debe incluirse forzosamente en el ámbito del DC.

Pero ni se ha acreditado que haya habido contrataciones fraudulentas, ni en el DC pueden entrar terminaciones de contratos acaecidas en cualquier momento anterior, sino que ha de estarse a los términos temporales en que se manifiesta el artículo 51 ET ("en un periodo de noventa días"). La salvedad respecto de los casos fraudulentos, precisamente por ser una excepción y referirse a supuestos ilegales ("cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo ") ha de quedar constatada, lo que aquí no ha sucedido. Adicionalmente, el supuesto de fraude no refiere a terminaciones contractuales válidas sino a " extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados ".

C) De manera algo confusa, parece que el recurso pretende la nulidad del DC porque no se han incluido en el mismo terminaciones de contratos que eran fraudulentos y que la empresa había finiquitado haciendo uso de la temporalidad que formalmente tenían.

A este respecto hemos de recordar que cuando la nulidad del DC se base en la supuesta ilegalidad de los contratos aparentemente temporales y que la empresa ha

extinguido al amparo del artículo 49.1.c) no resulta adecuado el cauce impugnatorio del artículo 124 LRJS (la modalidad procesal de despido colectivo, como ahora se hace). En tal sentido, STS 1108/2016 de 22 diciembre ( Monitores Junta Andalucía ).

Como advierte la sentencia recurrida, cuestión distinta es, que esos contratos se hayan podido celebrar en fraude de ley, en cuyo caso su extinción será improcedente, o que no concurren las exigencias del art. 17 del Convenio de Contact Center para proceder a su extinción, lo que motivará también la improcedencia de dichas extinciones en los procedimientos correspondientes, pero ambas circunstancias deberán probarse en las impugnaciones pertinentes y no en un período de consultas de un despido colectivo, en cuyo perímetro no se incluyeron por la empresa.

D) Sostiene el recurso que la SAN recurrida "no motiva por qué esta información no es esencial".

Basta leer atentamente la sentencia recurrida para comprender la temeraria vacuidad que acompaña a la afirmación del recurrente. La resolución judicial recurrida razona lo innecesario de la información reclamada por CGT (los contratos mercantiles pretéritos): 1º porque la empresa, a quien le corresponde decidir el perímetro del despido colectivo, no ha incluido en el mismo los contratos temporales a ellos asociados; 2º porque si se han celebrado o no en fraude de ley debe acreditarse en las impugnaciones correspondientes y no en un periodo de consultas de un despido colectivo; 3º aunque se admitiera a efectos dialécticos que fuera documentación pertinente, su no aportación no impidió que el periodo de consultas alcanzase sus fines (terminó con acuerdo con 12 de los 13 RL y refrendo de los trabajadores afectados).

#### 4. Consideraciones sustantivas.

A) Solo cuando la empleadora deniega una información relevante y pertinente puede considerarse vulnerado el bloque normativo que el motivo de recurso invoca.

El relato de lo acaecido, aceptado por CGT, acredita que ha existido una causa organizativa real, actual y transparente. A partir de esa constatación, debemos reiterar que el examen de las exigencias formales que ha de cumplir el periodo de consultas ha de hacerse partiendo de la finalidad perseguida por la norma y ésta no tiene otra



sino la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente.

Cabalmente, así lo entiende la sentencia recurrida, basándose en otras varias de esta Sala Cuarta. Teniendo en cuenta lo recién expuesto (causa del DC cuestionado, finalidad de la documentación que la empresa debe facilitar, identidad de los contratos reclamados) no pueden calificarse como determinantes los contratos mercantiles ajenos, por anteriores caducados, al vigente causante de los despidos.

B) El acuerdo con el que concluyó el DC no puede calificarse de nulo por faltar la aportación de los contratos con VODAFONE antes del PDC. No habiendo combatido los razonamientos de la sentencia por estar sustentados en hechos no acreditados, o por ser arbitrarios o ilógicos, el motivo debe ser desestimado sin que el contenido de la invocada STS de 20 marzo 2013 (rec. 81/2012 ) pueda servir de mínimo apoyo para la pretendida declaración de nulidad. Al contrario, es la propia doctrina de esta resolución judicial la que hemos recordado más arriba y aplicamos.

C) En el presente DC consta acreditado que Indra entrega una copiosa documentación a la RLT en orden a la negociación de aquél y que en ella están comprendidos los últimos contratos que discurrían entre Vodafone e Indra.

El supuesto en modo alguno puede compararse con el resuelto por la invocada STS de los Talleres López Gallego, donde aparece entregada como memoria "una pequeña descripción cronológica" que alcanza tres páginas de extensión.

D) La STS 440/2017 de 18 mayo (resolviendo precisamente el anterior DC en Indra Sistemas) explica que cuando la impugnación del despido colectivo tenga por objeto que se declare la nulidad del mismo por defectos formales atinentes a la falta de documentación solicitada -no prevista normativamente- que pudiera haberse considerado pertinente para satisfacer eficazmente el derecho de información inherente al desarrollo de las consultas, una vez ya conste entregada toda la exigida por las normas legales y reglamentarias aplicables, la carga de la prueba de su pertinencia corresponderá a la representación legal de los trabajadores que deberán hacer constar cuáles las razones que justifican la solicitud de mayor documentación.

Y en el presente caso, como pone de relieve la sentencia recurrida es evidente que la CGT no ha acreditado en modo alguno esa pertinencia.

#### 5. Desestimación.

En suma, ni cabe hablar de ausencia de documentación pertinente, ni el hecho de que alguno de los contratos temporales suscritos al amparo de los anteriores encargos de actividad de Vodafone a Indra fuese ilícito comportaría que el DC examinado sea nulo. El recurso pretende ese resultado por la negativa a facilitar una documentación complementaria que no es relevante para el caso.

#### CUARTO.- Insuficiencia del despido colectivo (Motivo 3º del recurso).

##### 1. Formulación.

Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 51.1 ET .

El recurrente alega que se produce tal infracción al entender la sentencia recurrida que es conforme a Derecho la anterior extinción de 110 contratos de trabajo al amparo del art. 17 del Convenio Colectivo de Contact Center, cuando debían estar incluidos en el despido colectivo, vulnerando la jurisprudencia contenida en STS de 8 julio 2012 según la cual las extinciones temporales cuando el cese se ha producido antes de la finalización de la obra y siendo la causa del despido la finalización de la obra, deben ser computadas e incluidas en el PDC.

##### 2. Doctrina de la Sala.

En nuestras SSTs 10 junio 2008 (rec. 1204/2007 ), 8 noviembre 2010 (rec. 4173/2009 ), 16 julio 2014 (rec. 1777/2013 ), 17 septiembre 2014 (rec. 2069/2013 ) y 22 septiembre 2014 (rec. 2689/2013 ) entre otras, hemos puesto de relieve que la reducción del volumen de actividad encomendado por una empresa comitente a otra auxiliar puede justificar la extinción de cierto número de contratos por circunstancias objetivas al amparo del artículo 52,c) ET , pero no la extinción al amparo del art. 49.1,c), preceptos que tienen regímenes indemnizatorios diversos. Como quiera que ni las disposiciones legales y reglamentarias estatales, ni el convenio colectivo aplicable, ni tampoco el propio contrato contienen mandato ni previsión alguna en el sentido de que el tipo de contrato que contemplamos pueda extinguirse por el hecho

de que la empresa comitente haya dispuesto que la contratista destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos, es visto que este hecho no autoriza a la empleadora a dar por finalizada la relación laboral con el actor, pues lo contrario supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del art. 1256 del Código Civil .

### 3. Consideraciones específicas.

A) No hay en el recurso razonamiento alguno acerca del modo en que debe cohonestarse su tesis con la previsión del artículo 17 del convenio colectivo en cuestión. En todo caso, no ha cuestionado la validez de la previsión convencional, que legitima la extinción progresiva de contratos para servicio determinado conforme se disminuye la obra.

Lo cierto es que si los 110 contratos de obra fueron extinguidos al amparo del art. 17 del Convenio resulta imposible valorar la validez de un DC atendiendo al hecho de que aquellos no se hubieran incluido en el mismo. Si se desea impugnar la terminación de esos 110 contratos habrá de realizarse combatiéndolos; si, meramente, se desea que valoremos el alcance de la referida terminación ya hemos advertido en el Fundamento anterior que ello no es posible pues desborda el objeto del presente proceso.

B) Como expone el Informe del Ministerio Fiscal, si la extinción de los contratos temporales resulta posible por aplicación del art. 17 del Convenio Colectivo , carece de justificación legal la pretensión de que sean sumados a las extinciones de contratos motivados, no por la reducción de la contrata o por su extinción, sino por la revocación unilateral de la contratista de otros distintos contratos firmados con INDRA antes de su vencimiento.

La recurrente parte de la premisa, que no está confirmada con carácter previo, de que los contratos temporales y su extinción son fraudulentos, pero tales cuestiones deben ser despejadas, como dice la sentencia, en la impugnación judicial de dichas extinciones.

Es posible que, como dice INDRA en su impugnación, CGT haya querido convertir en conflicto jurídico un conflicto de interés, porque lo que buscaba realmente era extender las condiciones del despido colectivo a todos los trabajadores cuyo contrato se extinguía, sin distinción alguna.

C) Hay que llamar la atención sobre la deficiencia que presenta este motivo de recurso, limitándose a afirmar su discrepancia con la sentencia recurrida y sin razonar su pertinencia y fundamentación. De ese modo, ni siquiera esta Sala conoce con exactitud a qué sentencia de 8 de julio de 2012 puede referirse en su alegato.

Ello no obstante, recordemos que si existen contratos de trabajo temporales y concurre su causa específica de terminación (en el caso, anudada a la duración de la obra o servicio) no estamos ante un despido objetivo o colectivo. Basta con leer al afecto los artículos 51.1 ET y 1.5 de la Directiva 98/59/CE .

Con arreglo a nuestra norma nacional, en efecto, para el cómputo del número de extinciones de contratos se tendrán en cuenta cualesquiera producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c ), precepto referido a la terminación del contrato por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. El DC sí debe incluir a los contratos indefinidos o a los temporales que no finalicen como consecuencia de la misma causa que la invocada en él.

D) En fin, hay que advertir asimismo que nuestra doctrina sobre incidencia de la reducción del volumen de una contrata sobre las relaciones laborales, como se ha visto, subraya la relevancia de que el convenio colectivo aplicable establezca previsiones acerca del tema que se viene examinando, lo que es el caso y resulta valorado por la sentencia recurrida de modo acertado.

#### 4. Desestimación.

El motivo debe fracasar tanto por su deficiente técnica casacional cuanto por no acreditarse las vulneraciones alegadas.

Que hayan finalizado numerosos contratos temporales como consecuencia del término (escalonado u instantáneo) de la obra a que estaban adscritos no significa que

los mismos deban estar incorporados necesariamente, bajo sanción de nulidad, al despido colectivo que la empresa propone. Máxime si existe un convenio sectorial que contempla como causa de terminación de los contratos para obra o servicio la reducción correlativa de la contrata.

QUINTO.- Improcedencia por desproporción (Motivo 4º del recurso).

1. Formulación del motivo.

Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la vulneración del art. 51 ET y del art. 4 del Convenio 158 de la OIT, alegando que no resulta razonable la extinción de 400 contratos de trabajo cuando consta la existencia de 326 vacantes, omitiendo la sentencia razonar la adecuación entre la causa y la medida adoptada.

2. Doctrina de la Sala.

A) En la sentencia de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013 ), también dictada por el Pleno de esta Sala, resolviendo la impugnación del recurso en el despido colectivo de Telemadrid hemos sentado doctrina que ahora reiteramos y debemos aplicar. Conforme a la misma la situación económica negativa no puede operar de forma abstracta. La justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1º) Acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2º) Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y 3º) Examinar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad.

B) Tanto en la sentencia recién citada cuanto en otras como las de 27-01-2014 (rec. 100/2013 ) -aunque referida a modificación colectiva de condiciones de trabajo-, se señala que tras la Reforma laboral de 2012, iniciada con el RD.Ley 3/2012, a los Tribunales corresponde emitir un juicio no sólo sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, sino también acerca de la razonable adecuación entre la causa acreditativa y la acordada: "Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple gestión empresarial [organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente

inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas [ SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00 -; 24/09/12 -rco 127/11 -; 12/11/12 -rco 84/11 -; y 12/03/13 -rco 30/12 -], sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» -y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales.

Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad] .

C) Partiendo de la doctrina expuesta, ha de concluirse que corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno

a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de cualquier número de trabajadores.

Ahora bien, como se ha reiterado, no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación del despido producido dentro de los términos expuestos.

D) Cuando el DC finaliza con un acuerdo ampliamente aceptado por las representaciones sindicales entra en juego la doctrina de esta Sala sobre el valor reforzado de la existencia de un Acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores cuando judicialmente se cuestiona la concurrencia de las causas del despido colectivo (SSTS, entre otras muchas, 21 de diciembre de 2016, rec. 1416/2015; 16 de noviembre de 2016, rec. 1245/2015; 1 de junio de 2016, rec. 3111/2014; 10 de mayo de 2016, rec. 3541/2014).

Dicha doctrina se refleja, especialmente, en las SSTS/IV 25-junio-2014 (rco 165/2013) y 24-febrero-2015 (rco 165/2014), en las que se establece que "... debemos llamar la atención sobre el hecho de que la decisión extintiva del empresario ... cuenta con la aceptación de una cualificada (más de dos tercios) mayoría de la representación social en la Comisión Negociadora de despido colectivo. La existencia de este acuerdo no significa ni que ello implique una presunción de que concurren las causas justificativas de los despidos, ni que la decisión empresarial de proceder a dichos despidos no pueda impugnarse sin tratar de invalidar previamente o, al menos, simultáneamente ... el acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, puesto que tales previsiones -contenidas en el artículo 47.1 del ET respecto de las suspensiones de contratos de trabajo derivadas de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción- no figuran ni en el art. 51 del ET ni en el art. 124 de la LRJS en relación con los despidos por las mismas causas. Ahora bien, sentado esto, no es menos cierto que el juzgador podrá tener en cuenta, a la hora de apreciar la

efectiva concurrencia de las causas justificadoras de los despidos alegadas por la empresa, el hecho, muy significativo, de que los representantes de los trabajadores - en este caso, el 77% de los integrantes del banco social de la comisión negociadora- han considerado que, efectivamente, dichas causas justificadoras concurrían en el supuesto de autos".

E) Como hace nuestra STS 436/2017 de 17 mayo (DC en Peugeot Citroën), lo que en el supuesto de autos cobra una especial relevancia en orden a valorar la concurrencia y justificación de las causas organizativas y productivas, en la medida en que no solo no se trata de que el acuerdo hubiere sido firmado por un único sindicato en cuyas listas hubieren sido elegidos el mayor número de los miembros del comité de empresa, sino que ha sido suscrito por hasta tres sindicatos diferentes, cuyo nivel de representatividad va mucho más allá de una simple mayoría más o menos cualificada y llega hasta alcanzar el 88% de la totalidad del comité de empresa. Dato al que debe otorgarse una singular relevancia por el especial conocimiento de la situación y problemática de la empresa del que sin duda disponen los que representan a una mayoría tan amplia de los trabajadores, poniendo de esta forma en especial valor el resultado final del proceso de negociación colectiva.

Más aún cuando no hay el menor indicio -ni siquiera se alega-, de la posible existencia de dolo, fraude, abuso de derecho o cualquier otro elemento que permitiere cuestionar desde esa perspectiva la bondad del acuerdo, a lo que se añade que el pacto incluye una multiplicidad de medidas complementarias de carácter organizativo y productivo para atenuar las gravosas consecuencias de los despidos colectivos, e incluye además múltiples soluciones y opciones para los trabajadores afectados, que ha sido el resultado final de un complejo proceso de negociación en el que los interlocutores sindicales gozan de una posición de privilegio en el conocimiento de las interioridades de la empresa y son por ello los más cualificados para valorar el verdadero alcance de las causas organizativas y de producción invocadas.

Esto no supone que los órganos judiciales deban convalidar, sin más, y por ese exclusivo motivo el contenido del acuerdo, pero no puede negarse que le otorga un valor especialmente reforzado a tales efectos.



### 3. Consideraciones específicas.

A) Basta el recordatorio de la doctrina que hemos compendiado y el examen de la sentencia recurrida para comprender que la misma en modo alguno se aparta de los criterios que hemos venido sentando acerca de la razonabilidad, proporcionalidad o conexión funcional entre la causa alegada para el DC y las medidas adoptadas en el seno del mismo.

Desde luego, el recurso no trata de contrarrestar los elementos fácticos tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia ni, mucho menos, desvirtúa la razonabilidad de su conclusión sobre la concurrencia de causas organizativas y productivas.

B) Ministerio Fiscal e impugnación al recurso llaman la atención acerca del FD Octavo de la sentencia recurrida. Allí aparece la síntesis de las causas justificativas del despido: pérdida del cliente (Vodafone) más importante en el sector, con el práctico desmantelamiento de dicho servicio por la poca relevancia del resto de clientes; volumen de empleados asignados al servicio a Vodafone; perfil técnico específico y superiores condiciones de dichos empleados en relación a la media en la empresa, que obran como obstáculo para su posible recolocación en las vacantes existentes, al no resultar las mismas consistentes con esos perfiles y tener peores condiciones, " pese a lo cual BPO ha recontratado a 60 trabajadores e INFRA SOFTWARE LARS [se refiere a Indra Software Labs] a otros 11" ; ausencia de previsiones razonables de nuevos contratos en el sector que puedan absorber la plantilla redundante tras la pérdida de Vodafone; resultados económicos con margen neutro con los contratos de Vodafone y consiguientes resultados negativos o pérdidas tras la resolución de dichos contratos, etc.

C) Las referencias genéricas a criterios jurisprudenciales en que se apoya el recurso, ni son aceptables en el ámbito casacional ni desvirtúan la conclusión alcanzada en instancia conforme a la cual "si no se convalidaran las medidas, los contratos de trabajo ... quedarían vacíos de contenido, sin que dicha medida sea desproporcionada, aunque haya vacantes en la empresa, porque se ha demostrado sobradamente que se pusieron sobre la mesa y se recontrató a los trabajadores que,

reuniendo los perfiles adecuados, aceptaron las condiciones de los nuevos puestos de trabajo" .

D) Añadamos también aquí que la razonabilidad de las extinciones acordadas ha sido estimada como concurrente por la mayoría de las personas afectadas y por la práctica totalidad de sus representantes (12 sobre 13).

#### 4. Desestimación.

La sentencia recurrida razona acerca de la pertinencia y razonabilidad de los despidos acordados en línea con la doctrina de esta Sala. El respaldo de los afectados y de sus representantes legales opera asimismo en esa línea, sin que el recurso haya aportado datos o razonamientos que contradigan lo anterior.

#### SEXTO.- Resolución.

Todo lo razonado conduce, de conformidad con el Ministerio Fiscal, a la íntegra desestimación del recurso para confirmar en sus términos la sentencia recurrida.

Sin que proceda realizar imposición de costas a la parte vencida, habida cuenta de los términos en que se pronuncia el art. 235 LRJS y preceptos concordantes.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Confederación General del Trabajo (CGT), representado y defendido por el Letrado Sr. Garrido Palacios. 2) Declarar la firmeza de la sentencia 157/2016 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 24 de octubre de 2016 , dictada en autos nº 231/2016, seguidos a instancia de dicho recurrente contra Indra BPO Servicios S.L.U., Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CC.OO.), Unión Sindical Obrera (USO), Vodafone Ono S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de despido colectivo. 3) No realizar imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## **2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2017**

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por la representación de la Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de UGT se interpuso demanda de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia " por la que estimando la demanda declare: El derecho de los trabajadores de ADIF a que se cumpla con el acuerdo de desconvocatoria de huelga de 25 de julio de 2014 suscrito entre UGT y la demandada, y en consecuencia, a que se lleve a efecto las acciones de movilidad con carácter voluntario para el personal operativo de los niveles 3, 4, 5 y 6, pendientes de desarrollar previa negociación con los representantes del personal."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demandada alegando inadecuación del procedimiento, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 4 de diciembre de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos la excepción de inadecuación de procedimiento invocada por la letrada de ADIF y desestimamos la demanda formulada por D. JOSÉ VAQUERO TURIÑO, letrado del ICAM, actuando en representación de la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES frente a: ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS. (ADIF), COMITÉ GENERAL DE EMPRESA DE ADIF, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, SECTOR FEDERAL FERROVIARIO DE LA

CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO SFF-CGT, SINDICATO FERROVIARIO, S.F., SINDICATO CIRCULACIÓN FERROVIARIO, S.C.F., sobre, CONFLICTO COLECTIVO y absolvemos a la empresa demandada de las pretensiones frente a la misma deducidas en demanda."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO .- En julio 2014, UGT convocó huelga en el ámbito de ADIF, la cual fue desconvocada el 25 del mismo mes en virtud de ACTA de desconvocatoria de Huelga establecida al efecto y suscrita por UGT únicamente. (Descriptor 47 y 18).

SEGUNDO.- El citado acuerdo de desconvocatoria de huelga, recogía, entre otros, un punto denominado "movilidad" en el que se figuraba textualmente: "La Representación de los Trabajadores muestra disconformidad con el borrador de "acción de movilidad para el acoplamiento de excedentes de personal operativo ", reafirmandose en sus alegaciones al respecto. En caso necesario, la empresa se compromete a acometer únicamente la fase voluntaria de dicho proceso de acuerdo con la normativa convencional, y la declaración de exceso de personal será a los exclusivos efectos de participación en dicha convocatoria. A partir de septiembre se negociarán por la empresa y la representación del personal las acciones necesarias de movilidad voluntaria pendientes de desarrollar en los niveles 3 a 6 del personal operativo." (Descriptor 18 y 48).

TERCERO.- El Sector Federal Ferroviario, Federación de Servicios para la Movilidad y Consumo UGT, solicitó reunión de la Comisión de Conflictos laborales establecida en la cláusula 7' del II Convenio Colectivo de ADIF, como intento previo de solución a las posibles acciones que se puedan convocar en el caso de no alcanzar acuerdos sobre la movilidad tanto funcional como geográfica de los niveles operativos del 3 al 6, que tuvo lugar el día 10 de febrero de 2015, finalizando sin acuerdo. (Descriptores 49 y 50).

CUARTO. - En el comunicado de UGT nº 99 se manifiesta que el acuerdo de desconvocatoria de huelga firmado en el mes de julio se está cumpliendo. Se retiró el documento de movilidad forzosa y se ha publicado la resolución provisional de la

fase voluntaria. Una vez resuelta, se acometerá el proceso de movilidad para el personal operativo de los niveles 3 a 6. (Hecho conforme, descriptores 31.)

En fecha 29 de septiembre de 2014, tuvo lugar una reunión de los firmantes del Acuerdo de 25 de julio de 2014 de desconvocatoria de las huelgas anunciadas para los días 31 de julio y 1 de agosto de 2014, al objeto de efectuar un seguimiento de las actuaciones realizadas hasta la fecha en el ámbito del acuerdo citado.

En el acta levantada al efecto se hace constar: Respecto a la acción de movilidad para el acoplamiento de excedentes de personal operativo, se ha publicado la fase voluntaria y por tanto la participación de los trabajadores de la acción ha sido exclusivamente voluntaria.

Las acciones de movilidad voluntarias de los niveles 3 a 6 del personal operativo serán abordadas, una vez finalizado el proceso de movilidad voluntaria, con la representación de personal.

Finalmente y a la vista de las actuaciones realizadas hasta la fecha ambas partes muestra su satisfacción por el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el acuerdo de desconvocatoria objeto de la reunión. (Descriptor 19, cuyo contenido, se da íntegramente por reproducido.)

QUINTO. - El 3 de octubre de 2014 se reúne la Comisión mixta de empleabilidad y calidad en el empleo levantándose la correspondiente acta en la que se hace constar: la dirección recuerda que dentro del plan de viabilidad, dirigido a mejorar la eficiencia en la asignación de recursos y garantías de empleo, en esta mesa se han celebrado diversas reuniones en las que las acciones de movilidad ha sido el principal objeto de debate, aunque finalmente no haya sido posible alcanzar acuerdos. En este sentido la dirección manifiesta que una vez resuelta recientemente la acción de movilidad voluntaria para el acoplamiento de personal operativo, se considerara conveniente continuar trabajando en la Comisión de empleabilidad, en nuevas acciones de movilidad, y a este respecto sería preciso abordar las acciones necesarias de movilidad voluntaria en los niveles 3 al 6 del personal operativo. (Descriptor 20).

SEXTO. - El 23 de octubre de 2014 se reúne la Comisión mixta de empleabilidad y calidad en el empleo en la que se trataron cuestiones relativas a la

realización de acciones necesarias de movilidad voluntaria en los niveles 3 al 6 del personal operativo y la posible internalización de las tareas de los cambiadores de ancho situados en las líneas de Alta Velocidad (descriptor 21).

SÉPTIMO.- El 4 de septiembre de 2015 el Comité General de Empresa de ADIF comunica a la empresa, la convocatoria de huelga los días 18 y 25 de septiembre de 2015, y 2, 9, 16 y 23 de octubre de 2015. Los motivos reflejados en la referida convocatoria de huelga son, entre otros:

4.-la necesidad de finalizar con los procesos de movilidad ya indicados.

5.- la necesidad de reanudar los procesos de movilidad comprometidos.

En fechas 13 y 19 de julio de 2011 la empresa acordó con la representación legal de los trabajadores un proceso de movilidad que no llegó a realizarse en su totalidad por causas no imputables al CGE. La no continuidad de dicho proceso conlleva que existan residencias, vacantes a las cuales no puede acceder el personal operativo de los niveles 3 a 6. (Descriptor 42).

OCTAVO.-El 16 de septiembre de 2015 tuvo lugar una reunión de la dirección de la empresa y el Comité de huelga. En cuanto a la movilidad, la empresa informa que no renuncia a poner en marcha convocatorias, tal y como se ha indicado en reuniones anteriores, y de hecho anuncia que enviará al Comité general de empresa un proceso de movilidad para la cobertura de puestos integrados en el colectivo de nivel salarial 6 para mantenimiento de alta velocidad, con el fin de que se realicen las oportunas alegaciones.

Por su parte, el Comité de huelga manifiesta que la empresa no presenta ningún elemento nuevo que motive la desconvocatoria. (Descriptor 64).

NOVENO.- El 24 de septiembre de 2015 la empresa presenta a los representantes de los trabajadores una propuesta de bases de la convocatoria para la cobertura de 18 puestos de encargado de subestaciones y telemandos (nivel salarial 6). Asimismo les convoca una reunión para debatir la propuesta y responder a sus alegaciones. (Descriptor 65).

DÉCIMO.- En abril de 2014 se publicó una convocatoria para la cobertura de puestos de MM.II.

En junio de 2014 tuvo lugar una convocatoria de movilidad para la cobertura de 3 plazas de factores de circulación de 1ª y 2ª entrada. (Descriptor 67).

En agosto de 2014 la empresa promovió una convocatoria de movilidad para el acoplamiento de excedentes de personal operativo. Proceso que sólo contiene la fase voluntaria de acoplamiento de excedentes (descriptor 66).

En noviembre de 2014 tuvo lugar una convocatoria de una plaza de estructura de dirección en la dirección General financiera (descriptor 73).

En enero de 2015 se publicó una convocatoria movilidad de 43 plazas para personal de estructura de apoyo de ADIF, técnico de seguimiento de control (descriptores 71).

DÉCIMO-PRIMERO.- En la empresa demandada se ha llevado a cabo un despido colectivo voluntario de 350 trabajadores, siendo al proceso de adhesión progresivo. (Descriptor 74, hecho conforme.)

DÉCIMO-SEGUNDO.- En fecha 26 de noviembre de 2015 tuvo lugar una reunión de la dirección de la empresa y el Comité general de empresa para alcanzar un acuerdo sobre nuevos ingresos en ADIF para 2016 (documento nº 38 aportado por la empresa).

DÉCIMO-TERCERO.- En fecha 5 de marzo de 2015 tuvo lugar el acto de intento de conciliación ante el SMAC que se tuvo por celebrado sin avenencia entre las partes comparecientes e intentado sin efecto respecto a los no comparecientes (descriptor 3.) »

QUINTO.- Contra la referida sentencia se preparó recurso de casación en nombre de FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE UGT. Su letrado Don José Vaquero Turiño interpuso el correspondiente recurso, basándose en varios motivos. Primer motivo: Al amparo de lo dispuesto en el art. 207.d) de la LRJS , por error en la apreciación de la prueba. Se interesa la adición de un párrafo en el hecho probado primero. Segundo motivo: Al

amparo de lo dispuesto en el art. 207.e) de la LRJS . Se considera infringido el art. 8.2 del R.D.L. 17/1977 de 4 de marzo en relación con la cláusula de Movilidad del Acta de Acuerdo de Desconvocatoria de Huelga de 24-7-2014.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de mayo de 2016 se procedió a admitir el citado recurso. Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado.

SEPTIMO.- Instruido el Excmo. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 4 de julio de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. En la demanda de conflicto colectivo planteada ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional frente a la empresa ADIF, su Comité General de Empresa y otros sindicatos por la Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de la Unión General de Trabajadores (UGT) se pretende una declaración judicial en virtud de la cual se reconozca, literalmente, "el derecho de los trabajadores de ADIF a que se cumpla con el acuerdo de desconvocatoria de huelga de 25 de julio de 2014 suscrito entre UGT y la demandada, y en consecuencia, a que se lleve a efecto las acciones de movilidad de carácter voluntario para el personal operativo de los niveles 3, 4, 5 y 6 pendientes de desarrollar previa negociación con los representantes del personal", actitud empresarial que, al entender de UGT, constituía una vulneración de lo pactado en aquel acuerdo.

2. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 4 de diciembre de 2015 (Procd. 189/2015 ) que ahora se recurre en casación común por el sindicato actor, tras describir en sus hechos probados -transcritos en su integridad en los antecedentes de la presente- todo el proceso histórico en el que basa su pretensión el sindicato demandante, rechazó la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por la empleadora en el acto del juicio y, en cuanto al fondo, tras analizar con detalle el citado acuerdo de desconvocatoria de huelga, especialmente el punto denominado "movilidad" que recoge textualmente el incuestionado hecho probado



segundo de la sentencia impugnada, desestimó la demanda en razón a que el propio acuerdo estableció que "a partir de septiembre [de 2014] se negociarán por la empresa y la representación del personal las acciones necesarias de movilidad voluntaria pendientes de desarrollar en los niveles 3 a 6 del personal operativo" y, por ello, según concluye la Sala de instancia, "estamos ante un proceso en el que la voluntad de las partes no puede ser sustituida por decisión judicial".

SEGUNDO.- 1. En el recurso de casación interpuesto por el sindicato actor se insta, en primer lugar, por la vía de lo previsto en el artículo 207 d) LRJS y con sustento en el documento nº 1 de la documental presentada por el propio sindicato (descriptores 47 y 18), la adición en el hecho probado primero de la sentencia recurrida de un nuevo párrafo con el siguiente contenido: "La convocatoria de huelga, entre sus motivos, establecía textualmente: De igual manera, esta organización rechaza cualquier proceso de movilidad forzosa, tanto en ADIF red convencional como en ADIF RAM, y reivindicamos un proceso de movilidad universal, voluntario en todas las áreas de la empresa, que cumpla los compromisos adquiridos y que integre todas las vacantes existentes en la actualidad"

2. Las Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, de 4 de octubre de 1993 (R. 451/95 ), 13 de julio de 2010 (R. 17/09 ), 21 de octubre de 2010 (R. 198/09 ), 5 de junio de 2011 (R. 158/10 ), 23 de septiembre de 2010 (66/14), 24 de noviembre de 2015 (R. 298/14), 3 de febrero de 2016 (R. 143/15) y 13 de abril de 2016 (R. 97/15 ), han venido exigiendo, como requisito de prosperabilidad para la revisión fáctica, no solo la descripción clara y precisa del hecho que pretenda incorporarse, la indicación de los documentos obrantes en autos que, de forma clara, directa y patente, evidencien el error y el ofrecimiento de un texto concreto, sino también que, de existir, ese error resulte trascendente en orden a alterar el signo del fallo, careciendo en otro caso de efecto útil la modificación pretendida.

3. En virtud, pues, de esa nuestra doctrina, por resultar claramente irrelevante y carecer de efecto útil la reforma que el recurso postula, este primer motivo no puede prosperar, tal y como proponen la empresa en su impugnación y el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, pues, aunque el documento que se cita, como todos los aportados por ambas partes, haya sido expresamente reconocido de contrario, según

se comprueba en el acta del juicio, lo cierto es que ese dato carece de incidencia alguna a los efectos del fallo porque, fueran cuales fueran los motivos que dieron lugar a la convocatoria de huelga, lo decisivo a los efectos que aquí importan no es sino el contenido y la extensión del acuerdo que la puso fin y, por tanto, sólo ese contenido, y su exégesis, podrían repercutir en el resultado final del litigio.

TERCERO.- 1. El sindicato demandante formula un segundo y último motivo de casación de censura jurídica, amparado en el artículo 207 e) LRJS , por entender que la sentencia vulnera lo previsto en el art. 8.2 del RDL de 4 de marzo de 1977 , según dice, "en relación con la cláusula de Movilidad del acta de acuerdo de Desconvocatoria de Huelga de 24 de julio de 2014".

2. Para el adecuado entendimiento del objeto del recurso, resulta imprescindible partir del texto literal del acuerdo de desconvocatoria de huelga que, referido al extremo denominado "movilidad" y expresamente suscrito por el sindicato recurrente ("En relación con ello [la desconvocatoria], la UGT...acuerda firmar...por entender que recoge la mayor parte de sus pretensiones por las que anunció la huelga...", dice de manera literal al propio acuerdo), la demanda dice haberse incumplido por la empleadora; esa parte del acuerdo (página 2 del "descriptor" nº 18) dice así:

"La Representación de los Trabajadores muestra su disconformidad con el borrador de "acción de movilidad para el acoplamiento de excedentes de personal operativo", reafirmandose en sus alegaciones al respecto.

En caso necesario, la empresa se compromete a acometer únicamente la fase voluntaria de dicho proceso de acuerdo con la normativa convencional, y la declaración de exceso de personal será a los exclusivos efectos de participación en dicha convocatoria.

A partir de septiembre se negociarán por la empresa y la representación del personal las acciones necesarias de movilidad pendientes de desarrollar en los niveles 3 a 6 del personal operativo" (h. p. 2º).

3. El objeto real de la controversia se ceñía inicialmente a la determinación, no de la naturaleza jurídica del acuerdo de fin de huelga suscrito el 25-7-2014, sino del

alcance que el mismo pudiera tener en orden a la comprobación de su efectivo cumplimiento; en esa tarea, la Sala de instancia, tras analizar detenidamente el contenido literal del acuerdo y de distintos hechos acaecidos con posterioridad que ponen de relieve la existencia de múltiples reuniones entre la empresa y los representantes legales y sindicales de los trabajadores, incluido el comité de huelga, los días 29 de septiembre, 3 y 23 de octubre de 2014, 10 de febrero, 16 y 24 de septiembre y 26 de noviembre de 2015 (hechos probados 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 9º y 12º), afirma que la empresa "en ningún momento...negó la existencia de dicho pacto, ni la validez del mismo" y, entendiendo la Sala que el acuerdo condicionaba las acciones necesarias de movilidad voluntaria en los niveles 3 a 6 del personal operativo a un desarrollo posterior, termina desestimando la demanda porque, según concluye, "la voluntad de las partes no puede ser sustituida por decisión judicial".

4. De la literalidad del documento en cuestión no se desprende una obligación directa de establecimiento de cualquier acción de movilidad voluntaria en los niveles 3 a 6 del personal operativo sino, exclusivamente, el compromiso de negociarlas de futuro con la representación del personal, algo que, según se desprende de las distintas reuniones descritas en los hechos probados, no puede decirse que suponga la infracción del art. 8.2 del RDL 17/1977, de 4 de marzo, aunque sólo sea porque el propio texto de ese acuerdo, en línea con lo que esta Sala sostuvo en su sentencia de 12-6-2012 (R.133/2011), en litigio que afectó a la misma empresa y guarda una gran similitud con éste, tampoco aquí tiene el contenido obligacional de compromiso o vinculación directa para la empresa que se desprende del mencionado precepto, máxime si tenemos en cuenta que, en realidad, la solución de instancia no deja de ser una interpretación posible del propio pacto y, por tanto, según el reiteradísimo criterio jurisprudencial sobre las facultades de los órganos de instancia en su labora interpretativa (SSTTSS4ª 20-3-1997, R. 3588/96; 27-9-2002, R. 3741/01; 16-12-2002, R. 1208/01; 25-3-2003, R. 39/02; 30-4-2004, R. 156/03; 16-1-2008, R. 59/07; 25-3-2009, R. 85/08; 9-12-2009, R. 141/08; 12-7-2010, R. 71/09; 10-5-2011, R. 8/10; 23/11/2016, R. 249/15; y 1-2-2017, R. 4/16), en torno a la cual gozan de un amplio margen de apreciación por haberse desarrollado ante ellos la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y, en este caso en particular, a los hechos

concomitantes (todas las reuniones posteriores de las que dejan cumplida cuenta los hechos probados), "salvo...que la interpretación a que hubiesen llegado no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual" (SSTS4ª 16-1-2008, R. 59/07; 18-4-2012, R. 150/11), algo que no sucede en absoluto en este supuesto, pues la solución, a nuestro modo de ver, es de una lógica y una coherencia incontestables.

CUARTO.- De lo razonado hasta ahora se desprende que, tal y como afirma el Ministerio Fiscal, la sentencia recurrida no incurrió en la infracción denunciada en el recurso cuando concluyó que el acuerdo de fin de huelga dejaba pendiente de desarrollo las acciones de movilidad voluntaria en los niveles 3 a 6 del personal operativo, proceso éste que, como a la postre decide con acierto la Sala de instancia, no puede ser sustituido por decisión judicial, lo que determina la desestimación del recurso de casación planteado frente a la referida sentencia, sin que haya lugar a la imposición de costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 235.2 de la LRJS .

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. José Vaquero Turiño, en nombre y representación del SECTOR ESTATAL FERROVIARIO DE LA FEDERACIÓN DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, contra la sentencia de 4 de diciembre de 2015 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en el procedimiento núm. 189/2015 seguido a instancia de dicho sindicato contra Adif y otros sobre conflicto colectivo. Sin que haya lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

### **3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2017**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 30 de septiembre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que apreciando la excepción planteada por la codemandada PRISA, y desestimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Sandra frente y como demandadas COMITE INTERCENTROS DE EDICIONES EL PAIS, D. Candido, D. Felicísimo, D. Leon, D. Ruperto, D. Luis Pablo, D. Balbino, D. Eulalio, Dña. Noelia, Dila. María Rosario, Dña. Elisa, D. Mariano, D. Sixto, D. Blas, D. Fermín, D. Lorenzo, D. Severiano, Dña. Sabina, Dña. Ascension, D. Adolfo, D. Darío, D. Hilario, PROMOTORA DE INFORMACIONES SA, FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CC.OO. y EDICIONES EL PAIS SL, debo absolver y absuelvo a la demandadas de cuantas pretensiones de condena se han hecho valer por la parte actora frente a las demandadas, en la demanda que inicia este procedimiento.»

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, con las rectificaciones introducidas en los dos primeros por la de suplicación. El resultado integrado es el siguiente:

«1º.- El demandante, DOÑA Sandra, mayor de edad, y cuyos demás datos personales constan en el encabezamiento de la demanda, y se dan por reproducidos. La actora ha prestado servicios para la demandada, Ediciones El País SL, desde el 1 de diciembre de 1983, a jornada completa, con la categoría profesional de Redactora Libre disposición estando destinada desde el año 2011 en la Sección Madrid y en la sección El País Intranet, y con un salario mensual bruto de 6.592,25 euros con prorrata de pagas extras, si no se computa la paga de beneficios del año 2011 percibida en el año 2012; o bien un salario de 6.941,17 euros computando dicha paga de beneficios (sobre el extremo del salario a tener en cuenta a efectos del despido se razonará; documental de ambas partes)".

2º.- La demandada inició periodo de consultas con la representación de los trabajadores dirigida a tramitar un despido colectivo de hasta un máximo de 149 despidos (doc. nº 9 de la demandada al que nos remitimos, con la documentación que acompañó al mismo); este periodo de consultas termina en fecha 8 de noviembre de 2012 sin acuerdo. La empresa comunica el despido a 129 trabajadores, entre los que está el actor, con una comunicación de despido basado en causas económicas y organizativas, definiendo en el punto 13 de la solicitud del despido colectivo ante la DGT que los criterios de selección de los trabajadores "vienen dados por los recogidos en la memoria, entre otros, proximidad o posibilidad de acceso a la jubilación, la conexión con el puesto amortizado, mayor o menor carga de actividad, reducción de la carga de trabajo, especialización o polivalencia, duplicidad de actividades, mayor o menor generación de sinergias entre áreas o departamentos.

3º.- En fecha 5/12/2012 se presenta demanda frente al despido colectivo seguido por la empresa por parte de la FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS y por el COMITE INTERCENTROS DE EDICIONES EL PAÍS, SL. Se solicitó la nulidad del despido colectivo o subsidiariamente la improcedencia, alegando los siguientes motivos de impugnación: no se ha negociado de buena fe al no respetarse lo previsto en el Convenio Colectivo (Disposición Adicional 2 y Anexo II. Protocolo de Acuerdo sobre Renovación Tecnológica, suscrito 10 meses antes del ERE extintivo); se vulnera dos pactos colectivos con valor de convenio (uno como final a la huelga de todo el Grupo PRISA de 2011 y uno anterior de subrogación de 2009). Estos motivos están desarrollados en el hecho 4 de la demanda, que es admitido por la demandada que fueron la base de la demanda de despido colectivo, (nos remitimos a dichos escritos).

4º.- Se presentó la demanda impugnando el despido colectivo ante la Audiencia Nacional, y se iniciaron negociaciones entre las partes en diciembre de 2012 (representantes de trabajadores y empresas), y se llega a un preacuerdo, previo a la vista del juicio oral, que los representantes someten a Asamblea de trabajadores y se vota aceptando el preacuerdo Antes de la celebración del Juicio Oral ante la Audiencia Nacional, se alcanzó un Acuerdo conciliatorio en fecha 14 de enero de

2013, cuyo contenido es el que se transcribe en lo esencial, remitiéndonos al texto en integridad en la documental:

"Primero.- Las partes reconocen la existencia, actualmente, de las causas económicas, productivas y organizativas alegadas por la empresa.

Segundo.- Con el fin de reducir el impacto en el número de trabajadores afectados por el despido de manera forzosa, se acuerda abrir un plazo de adscripción voluntaria durante los siete días siguientes a la firma del presente acuerdo a las medidas que se detallan en el apartado tercero. Dicho procedimiento de ADSCRIPCION VOLUNTARIA se regirá por las siguientes reglas: (cuestiones sobre elección del personal adscrito voluntariamente). En tercer lugar, se describe las consecuencias del despido colectivo dependiendo de los años del trabajador (trabajadores con 58 años y el resto). Para el resto de trabajadores se acuerda una indemnización de 38 días por año trabajado como máximo 24 mensualidades. "Adicionalmente se abonará una indemnización complementaria equivalente a la mitad del salario mensual fijo del trabajador en la fecha de extinción del contrato"; se establece tope de suma de indemnizaciones. La empresa abonó las indemnizaciones a los trabajadores despedidos, siempre que no pusieran tachas al documento de finiquito e indemnización; y negó el pago a los que pretendían firmar con no conformidad.

5º.- Se insta la ejecución por los representantes de los trabajadores y la empresa, ante el condicionante de la empresa, y ante las acciones individuales de algunos trabajadores despedidos solicitando una indemnización mayor que la pactada en el acuerdo, y se resuelve mediante Auto de la Audiencia Nacional de fecha 30 de mayo de 2013. Se alude a otros acuerdos alcanzados individualmente con los trabajadores en los Juzgados de lo Social y a la sentencia resolviendo el despido planteado declarando el mismo improcedente. Se estima parcialmente la demanda de ejecución requiriendo a la demandada a que abone lo pactado en conciliación siempre que estos demandantes lo reciban sin tachas; y en el caso de que pretendan plantear disconformidad la empresa debe consignar las cantidades pactadas; todo ello, al entender que el cumplimiento del Acuerdo en sus propios términos no contiene obligaciones indivisibles y por ello es posible el fallo en esos términos. Remitiéndonos al texto íntegro del Auto, se razona que el Acuerdo ante la Secretaría

de la Sala despliega efectos de cosa juzgada frente a las demandas individuales, "igual que si se tratase de sentencia firme", como ocurriría con los acuerdos en periodo de consultas; lo contrario, de obligar a la empresa a acreditar uno por uno cada procedimiento individual las causas, la conciliación no tendría eficacia alguna, y desvirtuaría la negociación de buena fe de las partes, la legitimación y vinculación de los sujetos legitimados legalmente para el pacto, la vinculación del mismo etc., y cómo no la convalidación que efectúa el órgano judicial.

6º.- El demandante recibe carta de despido en fecha 12 de noviembre de 2012, en el contexto del despido colectivo basado en causas económicas, organizativas y productivas. Se remite a la Memoria explicativa y documentación que se aportó para el despido colectivo ante la DGT y la representación colectiva de los trabajadores. Respecto a las causas económicas se detalla que la empresa ha tenido una caída permanente en el nivel de ingresos totales en los tres trimestres anteriores al inicio del periodo de consultas... subrayando la evolución negativa y descendente (detalle de los datos sobre el descenso de ingresos, nos remitimos a la carta unida a la demanda). Causas productivas se subraya que " en el periodo 2009 a junio de 2012 el análisis comercial de la compañía arroja como resultados: casi todos los ratios comerciales de la Edición papel han sido negativos; y la Difusión total ....ha supuesto una pérdida de 48.660 ejemplares menos de media diaria". Respecto a las causas organizativas, se señala que el descenso de plantilla desde el 2010 a junio de 2012 ha sido 40 empleados respecto a una plantilla de 512, y el coste ha supuesto una reducción del 2,1%, "que no se complace con la persistente y continuada caída de los ingresos y la disminución de la producción, existiendo un claro sobredimensionamiento de la plantilla en la Compañía lo que hace que la estructura de los costes de personal de la misma no se ajuste al nivel de actividad real de la Compañía y a su muy grave situación económica". Se analizan los costes de personal respecto a la producción (nos remitimos a su detalle). Y finaliza la carta: "En su caso concreto y dado que usted viene prestando servicios de Redactor Libre Disposición en el área de MADRID en el centro de trabajo de Madrid, ha resultado afectado, atendiendo a los criterios de adecuación de la estructura organizativa y de selección establecidos en la Memoria y en el escrito de inicio de periodo de consultas (que ponemos a su



disposición en este acto junto con el resto de la documentación para su oportuna consulta e información), teniendo en cuenta la menor carga de actividad y trabajo que se produce en su área debido a la reducción del número de páginas de contenido (tanto diario como en los suplementos), a la priorización de cobertura de ámbitos con importancia decreciente y a los necesarios cambios de estructura organizativa generados por sinergias entre la web y el papel, lo que implica ajustarse a determinados perfiles profesionales que requieren más polivalencia y especialización y a la integración de contenidos en el cuerpo del periódico, que suponen una reducción de recursos por flexibilización de la estructura actual. Todo esto hace precisa la amortización de su puesto de trabajo, ya anunciada al comienzo de este escrito y con los indicados efectos del día 12 de noviembre de 2012." (se tiene por reproducida la carta).

7º.- En fecha 22 de noviembre de 2011 se firma el acta final de la negociación del I Convenio Colectivo de Ediciones El País, SL (2011-2013), en el artículo 3.- se dispone la distribución del salario: "Para toda la plantilla, a partir del 1 de enero de 2012, el salario se abonará en 14 pagas iguales: 12 pagas ordinarias y dos extraordinarias en junio y diciembre. Además, en 2012, a efectos de liquidar el anterior sistema, el personal procedente de Diario El País con 16 pagas anuales, percibirá la paga de marzo correspondiente al ejercicio 2011 antes del 20 de marzo de 2012" (doc. nº 7 de la empresa demandada). Y en la cláusula 11 denominada Estabilidad en el Empleo (Disposición adicional del Convenio publicado, disposición adicional 2) se dispone:

#### 11.- Estabilidad del empleo.

Conscientes de la especial situación económica que se vive en estos momentos, las partes entienden que es una prioridad la defensa del empleo en la empresa, por lo que se comprometen a trabajar con el fin de mantener la mayor estabilidad posible del mismo. En particular, y durante el tiempo de vigencia pactada para el presente convenio colectivo, se establecen los siguientes criterios de actuación:

a) En el caso de ser necesarias medidas de reajuste de plantillas, éstas se realizarán a través de las vías legalmente previstas, pero en todo caso con la apertura

previa de un período de negociación con la representación de los trabajadores en el que se debatirán las soluciones que permitan minimizar el impacto en el empleo de las medidas que se adopten.

b) Las reestructuraciones colectivas de plantilla que puedan ser necesarias se abordarán dando particular importancia a las medidas no extintivas de contratos, tales como suspensiones de contratos, reducciones de jornada, movilidad geográfica y funcional, etc., sin perjuicio de los acuerdos individuales que puedan alcanzarse entre la empresa y el trabajador.

c) Las entidades promoverán la formación de sus empleados con el objeto de que puedan realizar tareas distintas de las que habitualmente han venido desarrollando, con el fin de facilitar la movilidad y readaptación en caso de producirse reestructuraciones de plantilla.

d) La Comisión Paritaria y el Comité de Empresa conocerá de la evolución del empleo en la empresa.

8º.- En fecha 27 de febrero de 2009 se pacta un acuerdo de garantías de subrogación para los trabajadores que, pertenecientes a la plantilla de Diario El País, SL, que han pasado o pasarán a integrarse en cada una de dichas sociedades (Agrupación de Servicios de Internet y Prensa AJE, Ediciones El País, SL, Pressprint, SL y Box News Publicidad SL), se remite a que las empresas se subrogarán en todos los derechos y obligaciones que afecten al colectivo trasferido ...con reconocimiento de las actuales condiciones laborales...

"Diario El País SL garantiza a los trabajadores afectados por la subrogación empresarial, que mientras exista la cabecera de El País, ya sea en papel, digital o cualquier otro soporte, el producto será realizado por al menos dichos trabajadores en las condiciones establecidas contractualmente entre las empresas resultantes. Estos trabajadores podrán realizar tareas para otros productos contratados por las sociedades antes indicadas. " (doc. nº 3 de la demandante, al que nos remitimos).

9º.- El pacto fin de Huelga de 20 de mayo de 2011 acordado entre las Empresas filiales o participadas que se han considerado integradoras del "Grupo PRISA" y la representación de los trabajadores (Comité de Huelga de todas ellas), manifiestan

entre otras cuestiones previas, "CUARTO: "Los firmantes consideran oportuna la conveniencia de establecer líneas básicas, principios orientadores, criterios de referencia y, en su caso mínimos con el fin de que sirvan de guía sobre los procesos que se desarrolle en las distintas Unidades Empresariales, desde el más amplio respeto a la autonomía de la voluntad colectiva y legitimada en sus respectivos ámbitos por las representaciones legales de los trabajadores, y de las facultades de interpretación, seguimiento, control y verificación que corresponden a la Comisión de Seguimiento que ambas partes acuerdan constituir"; y ACUERDAN que en caso de necesidad se comprometen a acometer proceso de reestructuración que pueda afectar al volumen de empleo a través de cauces de diálogo y negociación, con plena observancia de los principios de buena fe, eficacia y legalidad. Segundo: constituirá un elemento prioritario y previo, para cualquier supuesto de extinción colectiva de contratos de trabajo, la obligación empresarial de definir, concretar y causalizar la existencia y necesidad de los posibles excedentes laborales, tal como está previsto en la legislación laboral española. Cuarto.- Ambas partes convienen en establecer como método regulador de baja indemnizada, a los efectos de desvinculaciones, los siguientes criterios: las desvinculaciones se cubrirán acudiendo, previamente, a los procesos de voluntariedad comprometidos en el punto anterior. Se acuerda establecer como módulo indemnizatorio de referencia el abono de 45 días por año de servicio, con un tope de 42 mensualidades. Se podrán establecer factores correctores o variabilidad en cada unidad empresarial... Otro capítulo referido a "Medidas de mantenimiento de empleo" (colaboración entre empresas, concentración de servicios etc.). Y los procedimientos de externalización deben acreditar su utilidad y eficacia ante la comisión de seguimiento. Se establece que la vigencia de aplicación y desarrollo de este Acuerdo sea hasta la finalización de los compromisos adquiridos (nos remitimos al texto íntegramente, que ha sido suscrito por las distintas representaciones de trabajadores, en fecha 14 de junio de 2011, documentos nº4, 5 y 6 de la demandante).

10º.- En la categoría y puesto de la actora se ha reducido de 5 personas de plantilla. Las bajas voluntarias que se han suscrito a partir del Acuerdo judicial ante la Audiencia Nacional ha dado lugar a la reincorporación de trabajadores a los que se

había despedido como al actor, en igual número de los adscritos voluntariamente al despido (se han elegido por la empresa, como consta en el Acuerdo firmado ante la Audiencia Nacional).

11º.- Se celebró la preceptiva conciliación previa, y se suspendió el procedimiento hasta la resolución del despido colectivo.

12º.- El demandante no ostenta ni ha ostentado la cualidad de representante legal ni sindical de los trabajadores.

13º.- El demandante ha percibido la indemnización establecida en el Acuerdo de Conciliación ante la Audiencia Nacional, y que mejoró la primeramente establecida en la comunicación de despido, antes de iniciarse la impugnación del despido colectivo por la representación de los trabajadores, sobre el salario que propugna la empresa demandada de 79.107 euros anuales. Así consta en el documento nº 1 de la demandada, por lo que ha percibido y percibirá la cantidad total de 161.418 euros.»

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 16 de noviembre de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Dª Sandra contra sentencia de fecha 30/09/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid en autos 54/2013, y con revocación parcial de la misma, estimamos en parte la demanda, declaramos procedente el despido de la actora, y declaramos su derecho a percibir de EDICIONES EL PAÍS, S.L, la cantidad de 8.640,66 euros, en concepto de diferencia entre indemnización que le corresponde y la ya percibida, por lo que debemos condenar y condenamos a dicha empresa a estar y pasar por este pronunciamiento y a abonar la referida cantidad.»

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, las Letradas Sra. Martín Narillo y Sra. Rivero Barroso, en representación de Dª Sandra, mediante escrito de 30 de diciembre de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid de 5 de mayo de 2014. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 3.1.b) y 82.3 del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 16 de junio de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 22 de marzo actual. Por providencia de 22 de marzo, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la LOPJ. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el 22 de marzo, trasladando el mismo para el día 19 de abril de 2017, para cuya fecha se convoca a todos los Magistrados de esta Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate casacional.

Al igual que en otros asuntos deliberados en esta misma fecha (rec. 279/2016; rec. 379/2016, rec. 280/2016, rec. 286/2016 y rec. 490/2016) se discute acerca de la indemnización que corresponde a quien ha visto extinguido su contrato de trabajo en el marco de un despido colectivo. Finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y adoptada la decisión de despedir, sin embargo, luego se alcanza un pacto ante la Audiencia Nacional, debidamente homologado. La indemnización recogida en esta transacción es menor a la plasmada en un anterior acuerdo que puso fin a la huelga desarrollada en el grupo empresarial (Prisa) al que pertenece la empleadora que despide (El País).

Adelantada la esencia del litigio, para su adecuado análisis resulta imprescindible comenzar recapitulando los datos relevantes de que se parte.

## 1. Los Acuerdos de febrero de 2009.

El 27 de febrero de 2009 se suscribe un Acuerdo de garantías de subrogación para los trabajadores que, pertenecientes a la plantilla de Diario El País, SL, pasen a integrarse en otras sociedades del Grupo Prisa (Agrupación de Servicios de Internet y Prensa AJE, Ediciones El País, SL, Pressprint, SL y Box News Publicidad SL). Conforme al mismo:

"Diario El País SL garantiza a los trabajadores afectados por la subrogación empresarial, que mientras exista la cabecera de El País, ya sea en papel, digital o cualquier otro soporte, el producto será realizado por al menos dichos trabajadores en las condiciones establecidas contractualmente entre las empresas resultantes. Estos trabajadores podrán realizar tareas para otros productos contratados por las sociedades antes indicadas." (doc. n° 3 de la demandante, al que nos remitimos)".

## 2. Los pactos de fin de huelga de mayo de 2011.

Los días 20 de mayo y 14 de junio de 2011, en el contexto de una convocatoria de huelga, se alcanzaron sendos acuerdos, el primero entre el empresario y los representantes de los trabajadores (sindicatos UGT y CCOO, así como los comités de huelga); el segundo entre el empresario y los citados sindicatos. El 20 de mayo de 2011 se suscribe un pacto de fin de huelga entre las Empresas filiales o participadas que se han considerado integradoras del "Grupo PRISA" y la representación de los trabajadores. En él se recoge la siguiente motivación:

Los firmantes consideran oportuna la conveniencia de establecer líneas básicas, principios orientadores, criterios de referencia y, en su caso mínimos con el fin de que sirvan de guía sobre los procesos que se desarrolle en las distintas Unidades Empresariales, desde el más amplio respeto a la autonomía de la voluntad colectiva y legitimada en sus respectivos ámbitos por las representaciones legales de los trabajadores, y de las facultades de interpretación, seguimiento, control y verificación que corresponden a la Comisión de Seguimiento que ambas partes acuerdan constituir"

Como contenido propio del Acuerdo, en el supuesto de eventuales reestructuraciones, para las " desvinculaciones" se fija como módulo indemnizatorio "

de referencia" el abono de 45 días por año de servicio, con un tope de 42 mensualidades, si bien se podrán establecer factores correctores o variabilidad en cada unidad empresarial.

### 3.El Convenio colectivo de diciembre de 2011.

En el BOE de 3 de febrero de 2012 se publica el I Convenio Colectivo de Ediciones El País, SL (código de Convenio número: 90100652012012), suscrito con fecha 1 de diciembre de 2011 y con vigencia " desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2013 con independencia de la fecha de su publicación" (art. 4º).

Su Disposición Adicional Segunda establece unos criterios de actuación respecto de la "estabilidad en el empleo". Conforme al primero de ellos En el caso de ser necesarias medidas de reajuste de plantillas, éstas se realizarán a través de las vías legalmente previstas, pero en todo caso con la apertura previa de un período de negociación con la representación de los trabajadores en el que se debatirán las soluciones que permitan minimizar el impacto en el empleo de las medidas que se adopten.

En la Disposición Adicional Primera, sobre Comisión Paritaria, se regula su intervención cuando concurren los presupuestos legalmente previstos en el artículo 82.3 del ET , en el procedimiento de inaplicación temporal de las cláusulas salariales del presente convenio colectivo, si en el indicado procedimiento de consulta y negociación previa no se ha alcanzado acuerdo entre los representantes legales de los trabajadores y la empresa.

### 4. El despido colectivo de noviembre de 2012.

A) El 8 de noviembre de 2012 finaliza sin acuerdo el periodo de consultas abierto por la empleadora para reducir su plantilla y acto seguido comunica el despido a 129 trabajadores.

B) En ese contexto se produce el despido de la trabajadora demandante, que recibe escrito comunicándoselo con fecha 12 de noviembre.

C) Con fecha 5 de diciembre de 2012 la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras y el Comité Intercentros de Ediciones El País

presentan demanda de despido colectivo. Alegan que no se ha respetado ni los Acuerdos de 2009 y 2011 ni el convenio colectivo.

D) Después de interponerse la demanda, se inician negociaciones que culminan en un preacuerdo que los representantes someten a asamblea de trabajadores; se vota aceptando el preacuerdo.

Con fecha 14 de enero de 2013, antes de la celebración del juicio oral, las partes alcanzan Acuerdo conciliatorio ante la Audiencia Nacional. Sobre él interesa realizar alguna reflexión.

#### 5.El Acuerdo ante la Audiencia Nacional.

El Acuerdo mediante el que se pone término al procedimiento de despido colectivo prevé que los trabajadores de menos de 58 años perciban una indemnización de 38 días por año trabajado (como máximo 24 mensualidades), más la mitad del salario mensual fijo del trabajador en la fecha de extinción del contrato .

Es preciso examinar en primer lugar la legitimación para interponer la demanda frente al despido colectivo. El artículo 124.1 LRJS faculta por igual a los representantes legales de los trabajadores y a los representantes sindicales, siempre que éstos cuenten con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo. En nuestro caso asumió la representación el Comité Intercentros y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras con el elemento sobreañadido de que el preacuerdo inicial fue sometido a votación en asamblea entre todos los trabajadores a quienes afectaba.

No se ha discutido el grado de implantación de la central sindical lo que viene a salvar que el Comité Intercentros no tenga atribuida por Convenio Colectivo (BOE de 3 de febrero de 2012), la capacidad para representar a los trabajadores en el ejercicio de acciones y reclamaciones al venir atribuida a los Comités de centro (art. 56. 1.f del citado convenio).

Nos hallamos ante un supuesto de representación legalmente atribuida, por tanto, ya que se ajusta a las exigencias del artículo 124.1 LRJS. Eso implica que pueda desempeñar cuantas funciones ordinariamente tiene quien ejerce una acción ante la Administración de Justicia, sin necesidad de específico apoderamiento, lo que



le faculta para transigir en el ámbito de su litigio. Además, dicha transacción no ha sido impugnada; sobre este tema volveremos más adelante.

#### 6. Impugnación individual del despido.

A) La demandante había prestado servicios para la empresa, desde diciembre de 1983, con la categoría profesional de "redactora libre disposición". Aunque percibió la indemnización establecida en el acuerdo de conciliación (79.107 €), impugna el despido de que había sido objeto.

B) El Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, mediante sentencia de 30 de septiembre de 2013 (Autos 54/2013), desestima la demanda.

C) Frente a dicha resolución recurre la trabajadora en suplicación, alegando, entre otros motivos, que el acuerdo de 2011 de fin de huelga establecía una cuantía indemnizatoria superior a la fijada en conciliación, y que dicho acuerdo, que tiene la eficacia de un convenio colectivo, debió ser respetado por las partes, infringiendo de ese modo lo previsto en los art. 82 ET, 24.1 RDLRT 17/1977 y 3.5 ET.

#### 7. Sentencia de suplicación recurrida.

La STSJ Madrid 782/2015, de 16 de noviembre (rec. 54/2013) desestima el recurso de suplicación. Considera que el acuerdo de conciliación judicial (adoptado ante la Secretaría de la Sala de lo Social de la AN) tiene el valor de una sentencia firme ( art. 84 LRJS) y puede ser llevado a efecto por los trámites de ejecución de sentencia, dado que sustituye a ésta, con eficacia de cosa juzgada entre las partes, no resultando por ello vulnerado el art. 24.1 CE. Por cuanto ahora interesa, en ella se razona lo siguiente:

- Se ha de estudiar conjuntamente la infracción también alegada del art. 124.13.b) de la LRJS en redacción dada por la Ley 3/2012, en relación con el art. 222 de la LEC respecto de la eficacia de la cosa juzgada de las sentencias definitivas y firmes, al sostener la recurrente que no puede aplicarse el efecto de cosa juzgada de la conciliación alcanzada en el despido colectivo por haberse establecido por primera vez en el RDL 11/2013 de 3 de agosto, que no es de aplicación en este caso por razones cronológicas.

- El Acuerdo de conciliación judicial ante la Audiencia Nacional, aprobado por Decreto, el día 14 de enero de 2013, puso fin al litigio y tiene la consideración de conciliación judicial que se lleva a efecto por los trámites de ejecución de sentencia (art. 84 LJS), constituyendo título ejecutivo que tiene a estos efectos el valor de una sentencia firme, a la que sustituye.

- Cuando el art. 124.13 LRJS, en la redacción aplicable al supuesto de autos, establecía que el proceso individual de despido se suspende hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, sin especificar que necesariamente deba producirse por sentencia, y que una vez firme tiene la eficacia de cosa juzgada, debe entenderse que esta eficacia deriva tanto de la sentencia que resuelve la demanda de despido colectivo como del acuerdo de conciliación que sustituye a la sentencia y que también resuelve la demanda de despido colectivo.

- Además, la eficacia de dicho Acuerdo de 2013 frente a los trabajadores afectados deriva también de la remisión que el art. 124, en la redacción aplicable, contiene al art. 160 de la LJS.

- No hay obstáculo legal para que el acuerdo logrado en conciliación judicial sustituya a la sentencia si se suscribe por los legitimados para ello, porque lo están para interponer la demanda. Tal acuerdo produce los efectos de cosa juzgada contractual sobre el otro elemento subjetivo sustituido, los trabajadores representados, pero sobre aquellos aspectos en los que pueda proyectarse, conjugándose ambos aspectos el procesal y el contractual. De ello es muestra la reforma operada en agosto de 2013 por el Real Decreto ley 11/2013 que ha salvado la omisión del acuerdo de conciliación judicial al regular el art. 124.13.b.2) en los siguientes términos: "La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores."

- Hace referencia también a la STS de 30/10/13, rec. 47/13, resolviendo el despido colectivo con PRISA SA declara el mismo no ajustado a Derecho y fija las

indemnizaciones, precisamente, conforme a los Acuerdos de desconvocatoria de huelga, cuya eficacia es examinada por la Sala al ser el despido no ajustado a Derecho, siendo, por tanto, la materia indemnizatoria objeto del proceso de despido colectivo.

8. El recurso y los escritos concordantes.

A) El 30 de diciembre de 2015 se registra el recurso de casación unificadora presentado por la trabajadora. Lo articula en tres motivos, aunque los dos primeros se centran en la identificación de la sentencia referencial y en la exposición de las razones por las que concurre la contradicción.

El motivo tercero postula la infracción de los arts. 28.1 y 37 de la Constitución, 3.1.b) y 82.3 del RDL 17/1977, de 4 de marzo. Realiza una extensa reproducción de la sentencia de contraste para postular que el Acuerdo de 2011 se impone al de 2013 "reduciendo el margen de la libertad contractual y opera frente a él, limitando de forma preceptiva e indisponible el contenido del pacto, por encima de la voluntad de las partes" y añade que "no considerar que los pactos alcanzados por el Grupo Prisa en fecha 20 de mayo y 14 de junio de 2011 tienen valor de convenio colectivo, infringe según el propio TS el art 82 del ET y el art 24.1 del RDL 17/1977, de 4 de marzo (y) de otra parte, como se razona por la sentencia de contraste, quedaría claramente infringido el art 3.5 del ET en tanto en cuanto el pacto suscrito ante la Audiencia Nacional el 14 de enero de 2013 trata de imponer al colectivo de trabajadores una negociación inferior a la que ya tenían derecho por los acuerdos firmados para la totalidad del Grupo ".

Concluye que los representantes legales de los trabajadores carecen de legitimación "para negociar un derecho que tiene el carácter de indisponible y que había sido adquirido previamente por los trabajadores a título individual mediante un pacto con valor y eficacia de convenio colectivo".

B) Con fecha 3 de agosto de 2016 presenta la empresa empleadora su escrito de impugnación. Advierte que el recurso no fundamenta ni desarrolla la infracción normativa denunciada, limitándose la recurrente "a transcribir la fundamentación jurídica de la sentencia de contraste a lo largo del motivo" por todo lo cual solicita la

inadmisión del recurso, con apoyo en diversa jurisprudencia. Tras un extenso alegato con transcripción parcial de la sentencia recurrida, sostiene que la recurrente limita su mención normativa a los preceptos referidos y que no habla de los arts. 84, 124 y 160 de la LRJS y 222 de la LEC en relación con el efecto de cosa juzgada de la conciliación judicial habida a que aluden los fundamentos séptimo y octavo de la sentencia recurrida "cuyo pronunciamiento considera esta parte que no quedaría anulado y se mantendría firme".

Concluye sosteniendo que "al haberse llegado a una conciliación válidamente alcanzada por las partes legitimadas para negociar con capacidad material y procesal para hacerlo, no puede ahora desconocerse ese acuerdo ni pretenderse que no se aplique pues ello destruiría el acuerdo alcanzado que solamente podría ser anulado mediante su impugnación ex art 84.6 y supondría volver a juzgar lo ya transado legítimamente y con absoluta validez, con una quiebra absoluta de la negociación colectiva y la legitimación, capacidad y competencias de los sujetos colectivos además".

C) Con fecha 20 de octubre de 2016 la representante del Ministerio Fiscal expone las razones por las que considera concurrente la contradicción entre las sentencias comparadas.

Se inclina por la desestimación del recurso a la luz del tenor de los artículos 84 y 124 LRJS, así como de lo expuesto por el ATS de 25 marzo 2015 (rec. 870/2014).

#### 9. Sentencia de contraste.

A efectos de contraste se designa la STSJ Madrid 394/2014, de 5 de mayo (rec. 135/2014). La sentencia se dicta ante un supuesto sustancialmente igual al de autos: trabajador que había venido prestando servicios para la misma demandada (Ediciones El País, SL), desde el 10 de junio de 1986, siendo despedido en virtud de carta de 13 de noviembre de 2012, en el contexto del mismo despido colectivo basado en las referidas causas económicas, organizativas y productivas. Sus razonamientos fundamentales son los siguientes, por lo que aquí interesa:

- El Acuerdo conciliatorio de 14 de enero de 2013 no tiene el mismo valor y eficacia que los pactos de desconvocatoria o fin de huelga que alcanzan el valor de

convenio colectivo ( art 8.2 y 24.1 del R.D. Ley 17/1977 de 4 de marzo). Tal posterior acuerdo no puede disponer válidamente de lo establecido en aquéllos en cuanto al módulo indemnizatorio de 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades.

- El acuerdo conciliatorio solo extiende la eficacia de la cosa juzgada sobre el efecto declarativo en relación con las causas de extinción invocadas por la empresa (art. 160 LRJS), pero no sobre los parámetros específicos de aplicación en la extinción individual que deben respetar el mínimo indisponible para el trabajador establecido en un pacto con eficacia de convenio colectivo.

- El acuerdo de conciliación alcanzado en el conflicto colectivo proyecta su eficacia sobre la demanda individual con igual alcance que la propia sentencia, sin que pueda cuestionarse la causa legal invocada por la empresa (arts. 84, 124.1 y 160 LRJS), aunque no impide que en la demanda individual se cuestionen las bases del cálculo de la indemnización y su aplicación a un trabajador concreto, la procedencia de la extinción individual en función de los criterios de selección pactados, y en general todas las cuestiones que a título individual son las propias de una demanda también individual.

Esta resolución fue confirmada por el ATS de 2 junio 2015 (rec. 2490/2014).

#### 10. Contradicción entre sentencias.

A) Resulta evidente que la contradicción del art. 219 LRJS concurre, porque lo supuestos son iguales ya que se trata de trabajadores de la misma empresa, que ven extinguidos sus respectivos contratos como consecuencia del mismo despido colectivo, en la misma fecha, y por las mismas causas, siendo planteada en ambos casos la misma cuestión de la diferencia indemnizatoria, sobre la base de la falta de sintonía entre el pacto de fin de huelga de 2011 y el acuerdo de conciliación que puso fin al proceso de despido colectivo del año 2013.

B) Interesa recordar que la STS 90/2016 de 26 octubre (rec. 3976/2014) aborda un supuesto semejante al que ahora conocemos, pero rechaza entrar en el fondo del tema planteado por dos razones:

- La contradicción requiere que las sentencias comparadas aborden el tema controvertido y eso no se da cuando una ignora el problema, mientras que la otra lo examina y resuelve: la sentencia referencial no resolvió la cuestión del cálculo de la indemnización con arreglo a los Acuerdos adoptados en 2011, tema que sí se abordó en la sentencia recurrida.

- La sentencia de referencia aborda una impugnación de Convenio Colectivo. Se cuestiona por la Organización Sindical actora la posible lesión del derecho a la negociación colectiva y, lo que es más decisivo en lo que a la cuestión casacional importa, si los acuerdos adoptados en conciliación en el SMAC y ratificados por la comisión paritaria sobre la interpretación del punto cuarto de acuerdo que puso fin a la huelga de 26-3-2000, modifican o no el XIII Convenio Colectivo; muy poco que ver con el problema suscitado.

C) El procedimiento zanjado mediante la anterior sentencia se desarrolló en términos bien diversos del actual, por lo que su criterio no puede considerarse como válido precedente.

En el presente supuesto la contradicción exigida normativamente entre las resoluciones comparadas ha de considerarse cumplida, toda vez que la sentencia referencial contempla otro caso de un trabajador en las mismas circunstancias que en el de la sentencia recurrida y frente a la misma empresa con ocasión del mismo despido colectivo. Su solución es diversa a la de la recurrida aquí: entiende que ha de aplicarse el pacto de 20 de mayo de 2011 con carácter prevalente frente al acuerdo de conciliación judicial efectuado ante la Audiencia Nacional el 14 de enero de 2013. La recurrida, sin embargo, sostiene lo contrario por considerar que este último acuerdo conciliatorio produce el efecto positivo de cosa juzgada en el actual proceso.

#### 11. Estructura de nuestra sentencia.

A) Ha sido necesario exponer con detalle los antecedentes y términos del problema para poder afrontarlo de manera directa.

B) La impugnación al recurso tiene parte de razón cuando le reprocha que apenas realiza una reflexión propia acerca del modo en que se ha producido la infracción normativa denunciada. Es verdad que la mayor parte de su contenido

consiste en la reproducción de los razonamientos de la sentencia de contraste, pero en su tramo final sí que aparecen condensadas las razones por las que considera producidas las infracciones de referencia

Tanto por asumir las argumentaciones del caso referencial, que realmente es idéntico, cuanto por los párrafos finales en que se reitera y resume todo lo expuesto, lo cierto es que el recurso puede entenderse suficientemente explícito. De hecho, la propia empleadora y el Ministerio Fiscal no han albergado dudas acerca de las líneas argumentales que debían contrarrestar. En consecuencia, vamos a examinar la cuestión suscitada.

C) La argumentación subsiguiente debe ir referida a los Acuerdos de fin de huelga, puesto que la sentencia de contraste los considera prevalentes y esa es la tesis central del recurso.

SEGUNDO.- Antecedentes y contexto del Acuerdo de fin de huelga de mayo de 2011.

Como queda expuesto, el 20 de mayo de 2011 se suscribe, entre la representación de la dirección de las empresas integradas en el Grupo PRISA y las representaciones de las Federaciones de CCOO que tienen representación mayoritaria en el ámbito de las empresas, un Acuerdo de desconvocatoria de huelga con vigencia hasta la finalización de los compromisos adquiridos y por lo menos hasta el 31 de diciembre de 2012, o hasta que finalicen los procesos de reestructuración con el límite temporal del plan estratégico del grupo y plan de eficiencia operativa (2015), pacto que tiene la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.2 del Real Decreto Ley de 04- 03-1977, tal y como se hace constar en la sentencia ya mencionada de esa Sala de 30/10/13.

#### 1. Los tres Acuerdos en liza.

Aunque al analizar la contradicción ya ha quedado expuesto el escenario en que discurre el conflicto, interesa recordar que aparecen tres acuerdos colectivos como telón de fondo:

- El Grupo PRISA y el Comité de huelga de todas las empresas que lo integran alcanzan un acuerdo el 20 de mayo de 2011, suscrito el 14 de junio de 2011, en el que

se comprometen a acometer todo proceso de reestructuración que pueda afectar al volumen de empleo, incluyendo el pacto sobre la cuantía de las indemnizaciones por despido colectivo, a razón de 45 días por año de servicio, con un tope de 42 mensualidades.

- Ediciones El País S.L. negocia un Convenio Colectivo cuyo Acta Final se firma el 22 de noviembre de 2011 no contiene previsión alguna acerca de las indemnizaciones por despido que pudieran tener lugar.

- Iniciado expediente de despido colectivo que finaliza sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012 se interpone demanda de despido colectivo ante la Audiencia Nacional el 5 de diciembre de 2012 por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones obreras y por el Comité Intercentros de Ediciones el País S.A al tiempo que se inicia negociaciones entre representantes de los trabajadores y la empresa en las que se obtiene un preacuerdo sometido a la Asamblea de trabajadores que vota a favor del mismo, llegando el 14 de enero de 2013 a un Acuerdo Conciliatorio que entre otros particulares incluye una cuantía indemnizatoria que distingue entre trabajadores con 58 años y el resto siendo para estos últimos a razón de 38 días por año de servicios y abrir un plazo de adscripción voluntaria.

De este tercer acuerdo se insta la ejecución por los trabajadores al haber abonado la empresa la cantidad pactada solamente a quienes no pusieron tacha al documento de terminación contractual. Paralelamente a la ejecución instada por los representantes de los trabajadores, éstos individualmente interpusieron sus demandas. La impugnación colectiva finalizó por Auto de la Audiencia nacional de 30 de enero de 2013 que con parcial estimación de lo pedido acordó requerir a la demandada de suerte que la indemnización sea abonada a los que la reciban sin mostrar disconformidad y en otro caso se consigne su importe al tiempo que razona acerca de la naturaleza y efectos del Acuerdo de Conciliación.

## 2. Las posiciones enfrentadas.

A) El recurso de casación unificadora, de la mano de la sentencia referencial, sostiene que el Acuerdo de 2011 es contradicho y dejado sin efecto por el Preacuerdo



que sigue a la impugnación del despido colectivo y que desemboca en la transacción aprobada en sede judicial.

B) La sentencia recurrida, como queda expuesto, entiende que las reglas sobre la modalidad procesal de despido colectivo y las de conciliación en sede judicial abocan a solución contraria. Esta es la tesis asumida por la impugnación al recurso y el Informe de la Fiscalía.

C) La controversia así planteada sugiere que hay dos magnitudes que entran en concurrencia y que debe decidirse cuál prevalece. El planteamiento del asunto se realiza desde una perspectiva excluyente: o prevalece el Acuerdo de fin de huelga, o prevalece el Acuerdo logrado ante la Audiencia Nacional.

Sin embargo, tras el estudio del asunto, cabe cuestionar si esa es la óptica correcta para afrontar la resolución del conflicto planteado. Más adelante volveremos sobre ello, pero interesa recordar acto seguido que (en un recurso de casación unificadora) nuestra decisión no viene constreñida por la necesidad de optar por una de las dos opciones procesalmente enfrentadas.

### 3. Nuestra libertad de criterio para decidir.

Es cierto que la Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario (SSTS 03/06/94 -rcud 1881/93-; [...] 17/12/07 -rcud 4661/06-; y 23/12/08 -rcud 3199/07-). Este Tribunal «no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida» (SSTS 29/09/03 -rcud 4775/02-; 16/01/06 -rcud 670/05-; y 07/07/06 -rcud 1077/05-).

Pero cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada». Así se dice, por ejemplo, en SSTS 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec.

323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno). Esa libertad no se extiende solo al resultado sino, con mayor razón, también a los argumentos en que se apoya.

Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. «Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» ( STC 172/1994, de 7/Junio, FJ3).

#### 4. Doctrina de la STS 30 octubre 2013 (rec. 47/2013 ).

A) El Pleno de esta Sala abordó supuesto directamente relacionado con el presente en su STS de 30 octubre 2013 (rec. 47/2013), al resolver el despido colectivo habido en "Promotora de Informaciones, S.A." (PRISA). Se trata de extinción finalizada sin acuerdo y con abono de la indemnización legal (20 días por año, con un máximo de 12 mensualidades). Por cuanto aquí interesa, en ella se fija la siguiente doctrina:

- Los acuerdos de 2011 citados son acuerdos de fin de huelga.
- Esos acuerdos tienen el valor de convenio colectivo, como establecen los arts. 8.2 ("El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo...") y 24.1 del Real Decreto-ley 17/1977 de 4 de marzo ("Dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo") y corrobora la jurisprudencia constitucional y social (entre otras, STC Pleno 11/1981 de 8-abril , SSTS/IV 31-mayo- 1995 -rco 1677/1994 , 29-octubre-2002 -rco 1244/2001 , 14-marzo-2005 -rco 6/2004 , 21- julio-2009 -rcud 3389/2008 , 21- septiembre-2009 -rco 56/2009 , 23-septiembre-2009 -rcud 4065/2008 , 22-enero-2010 -rcud 925/2009 , 9-febrero-2010 -rco 19/2009 , 3-junio-2010 -rcud 3008/2009 , 15-junio-2010 -rcud 680/2009 , 5-julio-2010 -rcud 2039/2009 , 4-noviembre-2010 -rcud 2907/2009 ).
- La determinación de su alcance debe ajustarse a las normas que regulan la interpretación de los convenios colectivos.

- La interpretación de los negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer salvo que no sea racional y lógico o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual.

- Al declararse no ajustada a Derecho la decisión extintiva empresarial, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la fijación de las correspondientes indemnizaciones de acuerdo con lo establecido en aquellos Pactos, de lo contrario estaríamos ante una decisión ilícita por contravenir el convenio colectivo, al tener los Acuerdos la misma eficacia por cuanto se ha argumentado.

B) De esta significativa sentencia derivan algunas consecuencias de interés para nuestro caso:

- Los Acuerdos de fin de huelga se aplican cuando una de las empresas del Grupo lleva a cabo un despido, unilateral, sin respetar sus mínimos indemnizatorios y es considerado no ajustado a Derecho.

- El tenor de tales Acuerdos no solo posee naturaleza análoga a la del convenio colectivo, sino que también ha de interpretarse con arreglo a los cánones hermenéuticos aplicados en tales casos.

5. Criterio de los Autos dictados en el recurso de casación unificadora 870/2014.

A) El Auto de 25 de marzo de 2015 (rec. 870/2014) desestima recurso de reposición, al hilo de la petición empresarial de que se suspenda la tramitación de un recurso de casación para la unificación de doctrina (sobre despido derivado de la reconversión de El País) hasta que se resolviera definitivamente el procedimiento de impugnación del despido colectivo.

En él se expone que al despido colectivo le son aplicables las reglas específicas de tal modalidad procesal, no las de conflicto colectivo, y se reitera lo ya expuesto en un anterior Auto (ahora confirmado) de 13 de enero de 2015:

Por lo tanto, es el acuerdo, validado por Decreto de la señora Secretaria de dicha Sala, de 14 de enero de 2012, logrado en la conciliación celebrada en el seno

del procedimiento 347/2012. seguido ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, el que tendrá eficacia de cosa juzgada en los términos señalados en el artículo 124.13 b), 2ª LRJS , sobre el proceso individual de despido sometido a conocimiento de esta Sala, sin que proceda la aplicación de los preceptos reguladores de la modalidad procesal de conflicto colectivo, en especial el artículo 160. 5 LRJS

B) El Auto de 3 de septiembre de 2015 desestima el incidente de nulidad de actuaciones presentado frente al de 25 de marzo (rec. 870/2014), porque no puede ser objeto del incidente de nulidad de actuaciones el proceder a un nuevo examen valorativo e interpretativo de las cuestiones resueltas en los autos cuya nulidad se postula y porque el paso del tiempo ha propiciado la carencia sobrevenida de objeto.

C) De tales Autos se desprende alguna pista interesante para la resolución de nuestro caso:

- El valor de los Acuerdos de fin de huelga de 2011 no puede verse afectado por la resolución de un conflicto colectivo sobre despido, sino por el de lo decidido en la modalidad procesal específica de despido colectivo.

- La eficacia de cosa juzgada propia del artículo 124.13.b LRJS es aplicable al acuerdo alcanzado tras presentarse la demanda de despido colectivo y finalmente homologado por Decreto de la Secretaria de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

6. La doctrina de la STS 16 junio 2015 (rec. 339/2014 ).

A) Tras el Acuerdo alcanzado en 2015 ante la Audiencia Nacional no se presentan reclamaciones individuales interesando el abono de las indemnizaciones (superiores) contempladas en el Acuerdo de 2011. En ese escenario, la empresa presenta demanda postulando la validez del Acuerdo Colectivo alcanzado en sede de conciliación judicial ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

B) Mediante sentencia de 16 de mayo de 2014, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declara que lo acordado entre las partes en sede de conciliación judicial ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la Empresa y la Representación unitaria de los trabajadores de la misma y la Federación de Servicios de la Ciudadanía del Sindicato CC.OO., en fecha 14 de enero de 2013, en el

procedimiento de impugnación del despido colectivo efectuado en la empresa e iniciado el 9 de octubre de 2012 y concluido sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012, tiene plena validez y eficacia para fijar la indemnización del despido colectivo realizado, sin que a los trabajadores afectados por el citado despido y por razón del acuerdo conciliatorio alcanzado les sean de aplicación los Acuerdos del Grupo Prisa de 11 de mayo y 14 de junio de 2011, condenando a las partes demandadas a estar y pasar por esta declaración, con los efectos legales inherentes a la misma.

C) Sin embargo, la STS 16 junio 2015 (rec. 339/2014) estima los recursos interpuestos porque cuando, como es el caso, ya no existe ningún sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo el empresario carece de legitimación activa para impugnarlo, y no puede trasladar a la jurisdicción el acuerdo conciliatorio suscrito. Por cuanto ahora interesa, allí se dice lo siguiente:

- Aunque parece indudable que una conciliación alcanzada en sede judicial y en un procedimiento de despido colectivo, materialmente, en tanto que pudiera afectar a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, cabría equipararla a varios de los instrumentos jurídicos que describe el transcrito art. 153.1 LRJS , lo cierto y verdad es que no aparece como tal en dicho precepto y, por el contrario, la propia Ley ha querido dotarla de un mecanismo autónomo de impugnación respecto a su validez (art. 84.6) y de una eficacia especial al ordenar imperativamente que se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias (art. 84.5).

- El empresario no dispone, ni directa, ni indirectamente por la inadecuada vía de la demanda de conflicto colectivo interpretativo, de la mencionada "acción de jactancia" del 124.3 LRJS, incluso aunque descartáramos, como lo hacemos, cualquier intención torticera en su planteamiento que, como nos piden los recurrentes con amparo en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , pudiera permitir el rechazo de plano de su pretensión, y todo ello, desde luego, al margen de las repercusiones que el tan repetido acuerdo conciliatorio, tal vez como otros acuerdos colectivos previos, pudieran tener sobre las acciones individuales de los trabajadores afectados por la extinción colectiva, en cuyos procesos, necesariamente, habrá de ser llamada la empleadora.

D) De tales razonamientos se desprende asimismo alguna idea que incide en el modo de resolver el presente recurso:

- El acuerdo alcanzado en el seno del procedimiento de despido colectivo está protegido por las garantías de la conciliación judicial, no por las del conflicto colectivo.

- Dicho acuerdo habría de impugnarse a través del cauce específico del art. 84.6 LRJS.

- Las repercusiones individuales de lo pactado ante la Audiencia han de resolverse en los procedimientos individuales.

TERCERO.- Interpretación sistemática de los acuerdos enfrentados.

#### 1. Recapitulación.

A) A la vista de lo expuesto en el Fundamento precedente parece razonable pensar que la conciliación ante la Audiencia Nacional produce efectos de cosa juzgada, o equivalentes, por cuanto constituye un acuerdo entre las partes litigantes y eran los representantes legales de los trabajadores quienes habían llegado a un acuerdo poniendo fin a la huelga en 2011. La STS 16 junio 2015 (rec. 339/2014) entiende que esa conciliación ha sido dotada de un mecanismo impugnatorio especial, sin que en el caso estudiado se hubiera activado. Siendo válida, por tanto, esa conciliación, lo que corresponde a cada procedimiento individual es determinar su alcance o interpretación.

B) También la lógica inclina a pensar que el segundo acuerdo (el de 2013) referente precisamente al despido, sustituía a aquél en ese extremo objeto de debate, tanto por su posterioridad como por su especialidad. El primero (2011), entre otros temas, establece un "método regulador de baja indemnizada a los efectos de desvinculaciones", así como un "módulo indemnizatorio de referencia". El segundo (2013) describe las consecuencias de un concreto despido colectivo, estableciendo consecuencias indemnizatorias distintas "dependiendo de los años del trabajador". Puesto que tan negociación colectiva es la primera como la segunda, parece lógico

que la última, salvo que haya norma prohibitiva en tal sentido, acabe teniendo preferencia.

C) El acuerdo obtenido el 20 de mayo de 2011 y suscrito por las distintas representaciones de los trabajadores el 14 de junio de 2011 presenta el resultado de una negociación colectiva llevada a cabo entre las empresas filiales o participadas que se han considerado integradoras del Grupo Prisa y la representación de los trabajadores (Comité de Huelga de todas ellas). En dicho acuerdo se establecía como plazo de vigencia de aplicación y desarrollo, hasta la finalización de los compromisos adquiridos El Acuerdo de 2011 despliega sus efectos sobre todas las empresas del Grupo. En ese sentido, el despido en la empresa de cabecera (PRISA) ha debido desembocar en el abono de la indemnización pactada puesto que la reestructuración se lleva a cabo dentro de su periodo temporal de vigencia. Es la doctrina de la STS 30 octubre 2013.

Si en el procedimiento de despido colectivo de otra de las empresas del Grupo se llega a un pacto en sede judicial, el criterio de los Autos recaídos en el seno del procedimiento 870/2014 es que opera la cosa juzgada material.

## 2. Concurrencia no conflictiva.

A) Las anteriores argumentaciones van en la línea de priorizar la aplicación de lo acordado en 2103; de este modo, los Acuerdos de fin de huelga tienen valor para todos los despidos colectivos habidos en el seno del grupo empresarial, pero si en uno posterior se llega a otro tipo de acuerdo el mismo ha de prevalecer.

Si hubiera una real incompatibilidad entre los dos Acuerdos, seguramente tales razones habría de conducir a proclamar la validez de un pacto, alcanzado por sujetos legitimados y con la fuerza vinculante de toda negociación colectiva válida, reforzado con el respaldo otorgado por su homologación a cargo de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y que no ha sido impugnado dentro del plazo habilitado al efecto.

B) Pero, en realidad, el Acuerdo de 2011 y la transacción de 2013 no se relacionan de manera excluyente. Ambos concurren, pero no de modo conflictivo, sino complementario o armónico.

Para resolver el recurso no es necesario determinar si prevalece el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva con mayor fuerza en uno u otro caso. Tampoco parece imprescindible determinar la naturaleza del acuerdo de fin de huelga (asimilada a la de convenio colectivo, pero sin que pueda confundirse con el mismo), ni si el preacuerdo extrajudicial y su ulterior transformación en conciliación homologada produce los efectos de la cosa juzgada (o solo comporta la posibilidad de desembocar en su ejecución).

Todos esos razonamientos, sin duda, ayudan a cimentar la solución que abrazamos (desestimatoria del recurso) pero abordan el conflicto entre los dos productos derivados de la autonomía colectiva desde una posición excluyente. La interpretación que asumimos del Acuerdo de fin de huelga permite afrontar el problema desde otra perspectiva, conciliadora de ambos procesos negociadores.

C) En efecto, el Acuerdo de fin de huelga no pretende cerrar el estado de la cuestión de modo absoluto o pétreo sino que manifiesta su " más amplio respeto a la autonomía de la voluntad colectiva y legitimada en sus respectivos ámbitos". Con ello está admitiendo la existencia de una especie de "negociación en cascada": siempre que se cumplan las exigencias de representatividad hay que permitir el juego de la autonomía colectiva en ámbitos inferiores al Grupo de Empresas.

Puesto que el Acuerdo de fin de huelga se proyecta a todo el Grupo y la reestructuración de plantillas tiene lugar a nivel de empresa, lo que viene a establecerse es una articulación de ambas unidades negociadoras.

D) Adicionalmente, en el concretísimo punto sobre el importe de la indemnización para las eventuales " desvinculaciones" los acuerdos de 2011 fijan un módulo indemnizatorio de referencia (45 días por año de servicio, con un tope de 42 mensualidades), pero admiten factores correctores o variaciones en cada unidad empresarial.

E) En definitiva: no hay colisión entre lo acordado al final de la huelga de 2011 para todo el Grupo y lo pactado ante la Audiencia Nacional para el despido colectivo de una de las empresas en él integradas.

CUARTO.- Resolución.



Por lo expuesto, de conformidad con el criterio sostenido en su Informe por la representante del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso.

Sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

: 1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Sandra, representada y defendida por las Letradas Sra. Martín Narillo y Sra. Rivero Barroso. 2) Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de noviembre de 2015, en el recurso de suplicación nº 120/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, en los autos nº 54/2013, seguidos a instancia de dicha recurrente, contra la empresa Ediciones El Pais, S.L., Promotora de Informaciones, S.A., sobre despido colectivo por causas económicas. 3) No realizar imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jesús Gullon Rodríguez María Milagros Calvo Luis Fernando de Castro Fernández José Luis Gilolmo López M<sup>a</sup> Luisa Segoviano Astaburuaga J. Manuel López G<sup>a</sup> Serrana Rosa María Virolés Piñol M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún Miguel Angel Luelmo Millan Antonio V. Sempere Navarro Angel Blasco Pellicer Sebastian Moralo Gallego Jordi Agusti Julia

VOTO PARTICULAR:

Voto particular que formula la Magistrada Excm<sup>a</sup>. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso 280/2016, al que se adhieren los Magistrados Excm<sup>a</sup>. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol, Excm<sup>a</sup>. Sra. D.<sup>a</sup>

M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún, Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer y Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 280/2016.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- 1.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

2.- Para una recta comprensión de la cuestión debatida, procede consignar los datos más relevantes, que a continuación se exponen:

a).- En el año 2011 se llevaron a cabo una serie de negociaciones entre los representantes del Grupo PRISA, de una parte y CCOO y UGT, de otra, para la desconvocatoria de la huelga convocada, ante el anuncio del Grupo Prisa del inicio de un expediente de despido colectivo, para los días 15 y 29 de abril de 2011. Dentro del Grupo PRISA se encuentra Ediciones El País SL.

b).- En fecha 20 de mayo de 2011, la representación de la dirección de las empresas filiales o participadas que, a efectos de la negociación, se han venido considerando integradoras del "Grupo Prisa" y las representaciones de la Federación de CCOO y UGT, que ostentan la representación absolutamente mayoritaria en el ámbito de las empresas citadas, así como una representación de los distintos Comités de huelga, que ostentan la condición de representantes unitarios y han sido designados como representantes legítimos, a los efectos del proceso negociador emanado del Acuerdo de 12 de Abril, acuerdan: «Primero. Ambas partes se comprometen a acometer, en caso de necesidad, cualquier proceso de reestructuración que pueda afectar al volumen de empleo a través de cauces de diálogo y negociación, con plena observancia de los principios de buena fe, eficacia y legalidad. Cuarto.- Ambas partes convienen en establecer como método regulador de Baja Indemnizada, a los efectos de desvinculaciones, los siguientes criterios:

1. Las desvinculaciones se cubrirán acudiendo previamente a los procesos de voluntariedad [...]

2. Se acuerda establecer como módulo indemnizatorio de referencia el abono de 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades. A efectos del módulo indemnizatorio se aplicará el prorrateo mensual de los periodos inferiores a un año.»

c).- La demandada inició expediente de despido colectivo, que finalizó sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012, procediendo la empresa a comunicar el despido a 129 trabajadores entre los que está la actora, a la que se lo comunicó el 12 de noviembre de 2012, basado en causas económicas y organizativas.

d).- El 5 de diciembre de 2012 el despido fue impugnado por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y por el Comité Intercentros de Ediciones El País SL ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, llegándose a un preacuerdo previo a la vista del juicio oral, que los representantes someten a la asamblea de trabajadores y se vota aceptando el preacuerdo. Antes de la celebración del juicio oral ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se alcanzó un acuerdo conciliatorio, validado por Decreto de la Secretaria Judicial -actualmente Letrada de la Administración de Justicia-, en fecha 14 de enero de 2013.

e).- En el citado acuerdo consta que la parte actora desiste de la demanda contra PRISA. En el apartado tercero consta: „Con el fin de atenuar las consecuencias del despido colectivo, se aplicarán las siguientes condiciones a los trabajadores incluidos en el mismo...El resto de trabajadores se acuerda una indemnización de 38 días por año trabajado como máximo 24 mensualidades. Adicionalmente se abonará una indemnización complementaria equivalente a la mitad del salario mensual fijo del trabajador en la fecha de extinción del contrato"; se establece tope de suma de indemnizaciones.

f).- La empresa abonó las indemnizaciones a los despedidos siempre que no pusieran tacha al documento de finiquito.

g).- Se instó la ejecución de la conciliación por los representantes de los trabajadores y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó auto el 30 de mayo de 2013, requiriendo a la demandada para que abone lo pactado en conciliación

siempre que los demandantes lo reciban sin tacha y, en el caso de que pretendan plantear disconformidad, la empresa debe consignar las cantidades pactadas

h).- El actor ha percibido la indemnización fijada en el acuerdo de conciliación alcanzada ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, validado por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013 y reclama que el montante de la misma ha de ascender a 45 días por año de servicio, en virtud de lo establecido en el Acuerdo de 20 de mayo de 2011. Ha presentado demanda el 9 de enero de 2013, habiendo dado origen al presente procedimiento.

i).- El 22 de noviembre de 2011 se firma el acta final de la negociación del I Convenio Colectivo de Ediciones El País SL, en su DA, cláusula 11, bajo el epígrafe „Estabilidad del empleo,, se prevén una serie de medidas para el supuesto de que sea necesario adoptar medidas de reajuste de plantillas, entre las cuales no se contempla la fijación de la indemnización por despido de forma diferente a la fijada en el Acuerdo de 20 de mayo de 2011.

SEGUNDO.-1.- El recurrente alega infracción de los artículos 3.1 b), 3.5, 82.3, 87 a 89 del ET, 124, 156.2 y 160 de la LRJS, 28.1 y 37 de la Constitución Española y 8.2 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo.

En esencia el recurrente aduce que los despidos colectivos tienen una tramitación específica en los artículos 124 y siguientes de la LRJS, no siéndoles de aplicación lo dispuesto en el artículo 156.2 de dicha Ley, sino lo establecido en el artículo 160, por la remisión que efectúa el artículo 124.13 de dicha Ley. Continúa razonando que el Acuerdo de conciliación alcanzado el 14 de enero de 2013 ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional no tiene el valor de convenio colectivo al carecer los negociadores del mismo de la legitimación inicial, deliberativa y decisoria regulada en los artículos 87 a 89 del ET, sin que, por otro lado, exista disposición legal que le atribuya valor de convenio colectivo, por lo que no podía disponer válidamente de lo establecido en un convenio colectivo -él Acuerdo de 20 de mayo de 2011- reduciéndolo. Lo acordado el 20 de mayo de 2011 tiene valor de convenio colectivo, en virtud de lo establecido en el artículo 8.2 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo.

2.- Procede examinar, en primer lugar, la eficacia del Acuerdo logrado el 20 de mayo de 2011 entre el "Grupo Prisa " y las representaciones de la Federación de CCOO y UGT, que ostentan la representación absolutamente mayoritaria en el ámbito de las empresas citadas, así como una representación de los distintos Comités de huelga.

Como se ha consignado con anterioridad, dicho Acuerdo es consecuencia del proceso de negociación abierto para poner fin a la huelga, por lo que es un Acuerdo de fin de huelga y tiene la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo, a tenor de lo establecido en el artículo 8.2 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo.

Dicha eficacia ha sido reconocida expresamente por la sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 2013, casación 47/2013, en procedimiento de impugnación de despido colectivo, seguido a instancia de Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO e integrantes de la comisión ,ad hoc, contra PRISA, que en el fundamento de derecho quinto establece: «a) En primer lugar, los acuerdos citados son consecuencia por su forma de negociación y por su contenido, del proceso de negociación abierto para poner fin a la huelga, constituyendo la terminación de ese proceso que inició el acuerdo de 12 de abril de 2011 . Son, por tanto, acuerdos de fin de huelga».

En la citada sentencia se resuelve que la vigencia del Acuerdo se mantendrá hasta la ,finalización de los compromisos adquiridos,, situando su vigencia al menos hasta el 31 de diciembre de 2012, ya que la Comisión de seguimiento se mantiene vigente, en todo caso, hasta el 31 de diciembre de 2012.

3.-Dicha eficacia ha sido mantenida por una constante doctrina de la Sala, entre la que podemos citar la STS de 7 de febrero de 2011, recurso 102/2010, que señala:

« 1.- Los acuerdos de desconvocatoria o de fin de huelga, -- cuya naturaleza ostenta el ahora objeto de la interpretación cuestionada, del que no se discute la ratificación posterior del preacuerdo alcanzado por las partes representadas ni consta que hubiere sido impugnado --, tienen el valor de convenio colectivo, como establecen los arts. 8.2 ("... El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo") y 24.1 del Real Decreto-ley 17/1977 de 4 - marzo ("... Dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en

Convenio Colectivo") y corrobora la jurisprudencia constitucional y social (entre otras, STC Pleno 11/1981 de 8-abril, SSTS/IV 31-mayo- 1995 -rco 1677/1994, 29-octubre-2002 -rco 1244/2001, 14-marzo-2005 -rco 6/2004, 21-julio-2009 -rcud 3389/2008, 21- septiembre-2009 -rco 56/2009, 23-septiembre-2009 -rcud 4065/2008, 22-enero-2010 -rcud 925/2009, 9-febrero-2010 -rco 19/2009, 3-junio-2010 -rcud 3008/2009, 15-junio-2010 -rcud 680/2009, 5-julio-2010 -rcud 2039/2009, 4-noviembre-2010 -rcud 2907/2009); por tanto, su interpretación debe ajustarse a las normas que regulan la interpretación de los convenios colectivos.»

TERCERO.-1.- Sentada la eficacia de convenio colectivo del Acuerdo logrado el 20 de mayo de 2011, procede examinar si la misma es la de un convenio colectivo estatutario o extraestatutario. Hay que poner de relieve que en la fecha en la que apareció publicado el RD 17/1977, de 4 de marzo, aún no había sido publicado el Estatuto de los Trabajadores, por lo que no existía la diferencia entre ambos tipos de convenio colectivo, atendiendo a que respetasen o no las previsiones del Título III del Estatuto de los Trabajadores.

2.- Una constante doctrina de esta Sala ha venido manteniendo la eficacia de convenio colectivo extraestatutario del pacto que ponga fin a la huelga, salvo que se celebre con arreglo a lo establecido en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, es decir, que cumpla los requisitos de legitimación de las partes negociadoras, así como los requisitos formales y procedimentales, entre ellos, el de presentación ante la autoridad laboral, a efectos de registro y publicación en el Boletín Oficial correspondiente. En dicho sentido se han pronunciado las sentencias de 28 de junio de 1994, recurso 2847/1993; 2 de noviembre de 1999, recurso 4786/1998 y 9 de marzo de 1998, recurso 2061/1997.

En la sentencia de 2 de noviembre de 1999, recurso 4786/1998, se contiene el siguiente razonamiento: «1.- Ha sido y es muy debatida la naturaleza y eficacia del pacto que pone fin a la huelga, si bien desde el prisma del derecho positivo parece clara la distinción entre convenio colectivo y pacto que pone fin a la huelga, ya que el artículo 8.2 de Real Decreto Ley 17/1997, de 4 de marzo de Relaciones de Trabajo , no afirma que dicho acuerdo se incorpora al convenio colectivo, sino que "el pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio

colectivo". En este sentido la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1.998, cuando trata de calificar y precisar el carácter de este pacto, diferencia, acorde con la dicción legal, entre su naturaleza, que es distinta al Convenio Estatutario y su "eficacia" que es la misma, para concluir que la modalidad procesal de conflicto colectivo, de carácter interpretativo y declarativo, es también idónea para reclamar el cumplimiento de estos pactos, a los que hay que otorgar idéntica eficacia.

2.- Sí parece pacífico que estos pactos deben incluirse dentro de la esfera de la tutela de la negociación colectiva, amparada en forma general en el artículo 37 de la Constitución Española y que el acuerdo tiene un significado obligatorio, como convenio extraestatutario, por lo que debe ser aplicado en sus propios términos, como afirma la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 1.994. Afirmación del carácter extraestatutario de estos pactos que, en el caso concreto litigioso, parece razonable, en cuanto, en puridad de términos, solo deben tener carácter estatutario los que se celebren con arreglo a lo establecido en Título III del Estatuto de los Trabajadores, es decir los que, cumpliendo los requisitos legitimadores de las partes y el régimen de mayorías legalmente establecido, cumplan, a su vez, los requisitos formales y procedimentales, y, entre ellos el de presentación ante la autoridad laboral a efectos de registro y publicación en el Boletín Oficial correspondiente, como afirman las sentencias de esta Sala de 22 de enero y 8 de junio de 1.999.

3.- Sentada pues, esta diferenciación entre convenio colectivo estatutario, y pacto que pone fin a una huelga iniciada bajo su vigencia, su consecuencia es que, en términos generales, y específicamente en el presente supuesto, convenio y pacto -en conformidad a su diferente etiología, naturaleza y finalidad- tienen autonomía propia e independiente y no se encuentran en su desarrollo mutuamente condicionados. Por lo tanto el pacto litigioso de desconvocatoria de 29 de julio de 1.995, ni contiene cláusula de expiración -en todo caso esta se produciría tácitamente por expiración de los compromisos adquiridos en la relación jurídica obligatoria- ni ligo su propia existencia a la vigencia del Convenio Colectivo, que terminaba en 31 de diciembre de 1.993, sino que su eficacia obligatoria devino de las cláusulas pactadas en el mismo».

3.- No consta que el acuerdo logrado en fecha 20 de mayo de 2011 por la representación de la dirección de las empresas filiales o participadas que, a efectos de

la negociación, se han venido considerando integradoras del "Grupo Prisa" y las representaciones de la Federación de CCOO y UGT, que ostentan la representación absolutamente mayoritaria en el ámbito de las empresas citadas, así como una representación de los distintos Comités de huelga, que ostentan la condición de representantes unitarios y han sido designados como representantes legítimos, a los efectos del proceso negociador, se haya realizado cumpliendo los requisitos establecidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, por lo que a dicho acuerdo habrá de reconocérsele la eficacia de convenio colectivo extraestatutarios, siguiendo la doctrina anteriormente consignada.

CUARTO.- 1.-Respecto a la naturaleza, eficacia y límites de los convenios colectivos extraestatutarios se ha pronunciado esta Sala en numerosas ocasiones, pudiendo citar, por contener un resumen de la doctrina aplicable, la sentencia de 16 de julio de 2014, recurso 110/2013.

2.- En la citada sentencia se contiene el siguiente razonamiento:

«1.- Delimitación, naturaleza y eficacia funcional y personal del convenio colectivo extraestatutario .

La sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 2013, recurso de casación 110/2012, siguiendo la sentencia de 9 de febrero de 2010, recurso 105/2009 establece:

"2.- La Constitución en su art. 37.1 ("La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios") reserva a los convenios colectivos negociados y pactados conforme a la ley (arg. ex art. 53.1 CE), en este caso el Estatuto de los Trabajadores -ET (en especial, arts. 3.1.b, 3.5 y 82 a 92), además de su eficacia obligacional, la eficacia normativa en cuanto fuente de la relación laboral, creadora de normas jurídicas con fuerza vinculante dentro de su ámbito (funcional y territorial) y durante todo el tiempo de su vigencia ("erga omnes") (arg. ex art. 82.3 ET), estando sometidos, por tanto, a las reglas, principios y límites constitucionalmente definidos, entre otros, aquellos derivados del libre



ejercicio del derecho de libertad sindical (arg. ex art. 28.1 CE y STC 121/2001 de 4-junio). Se destaca con respecto al convenio colectivo estatutario que:

a) Precisamente: "el valor normativo del Convenio Colectivo y de su fuerza vinculante, con una eficacia «erga omnes», ha movido al legislador a sujetar su validez a unos presupuestos cuya intensidad va más allá de los límites generales a la autonomía negocial del Derecho privado", entre otros, remarca el que "la legitimación para la negociación se haya vinculado a la existencia de intereses organizados institucionalmente, sin perjuicio de que se haya dado un trato diferente al respecto, por su distintos alcance, a los Convenios de empresa o ámbito inferior, para los cuales no se establece la exclusividad sindical, y a los Convenios de ámbito superior, multiempresariales, para los cuales rige ésta" (STC 4/1983 de 28-enero); y que

b) "El convenio colectivo ... en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio colectivo sea per se contraria al art. 14 CE ( SSTC 177/1988, de 10 de octubre, ... 119/2002, de 20 de mayo, .... o 27/2004, de 4 de marzo)" ( STC 280/2006 de 9-octubre).

3.- Pero además de los referidos convenios estatutarios, la doctrina y la jurisprudencia (constitucional y ordinaria), viene admitiendo la realidad de la existencia y eficacia, si bien limitada, de otros acuerdos adoptados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, al margen de las normas estatutarias (denominados pactos, acuerdos o convenios extraestatutarios o de eficacia limitada), los que gozan también de soporte en el art. 37.1 CE, aunque sin el carácter "erga omnes" del convenio estatutario.

4.- La problemática de su delimitación, naturaleza o carácter, normativa por la que se rigen, eficacia funcional y personal así como obligatoriedad limitadas, sujetos a los que se aplican y, en su caso, de su posible extensión a otros sujetos naturaleza, ha tenido acceso a la jurisprudencia constitucional (entre las primeras, SSTC 4/1983

de 28-enero, 12/1983 / de 22-febrero, 73/1984 de 27-junio y 981985 de 29-julio), habiéndose declarado:

a) En cuanto a la distinción entre uno u otro tipo de convenio (estatuario o extraestatuario), que "El carácter estatuario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el ET exige para la regularidad del convenio colectivo , al que se otorga en ese caso un plus de eficacia, por el carácter erga omnes del llamado convenio colectivo estatuario" ( STC 108/1989 de 8-junio); o que cuando el resultado de la actividad negocial no se plasma "en un convenio colectivo estatuario que busque establecer una regulación general aplicable al grupo de empresas al carecer de los requisitos que legalmente se imponen para su válida conclusión", resulta que "el Acuerdo alcanzado entra, por ello, de lleno en el ámbito de los que la jurisprudencia y la doctrina han venido en denominar pactos extraestatuarios o de eficacia limitada, al derivar de una intervención sindical admitida y asumida por la empresa dentro de su ámbito de gestión empresarial y que limita sus efectos a la estricta esfera funcional en la que ha sido concluido" (STC 121/2001).

b) En cuanto a su amparo constitucional ex art. 37.1 CE y a los límites de eficacia y obligatoriedad derivada de la normativa civil (no laboral) por la que se rigen, se ha señalado que "Tales pactos, que se encuentran amparados por el art. 37 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal «erga omnes», y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias", que "Se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil)", con la consecuencia de que "La lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales" (STC 121/2001).

c) Por lo que respecta a los negociadores, con las derivadas consecuencias en orden a los sujetos a los que vincula y a la posible extensión personal de sus efectos, cuestiones de cuya resolución se trasluce la naturaleza y eficacia personal limitada de los efectos (no "erga omnes") de este tipo de pactos, se ha proclamado que "La singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor. Relevante y significativa diferencia si la comparamos con las severas exigencias que impone el paradigmático modelo legal, pero que se encuentra condicionada, precisamente, por el limitado alcance personal de sus efectos, que quedan reducidos al estricto ámbito de representación que las partes posean, pues, como este Tribunal tuvo oportunidad de señalar en su STC 108/1989, de 8 de junio... , «la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la libertad de quienes en él no participaron». De este modo, cuando se celebra un acuerdo colectivo fuera de la disciplina estatutaria, pero que, en alguna de sus disposiciones, persigue generalidad, de manera tal que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia «erga omnes», habría que convenir que tales disposiciones no serían válidas, en tanto que eficacia de tal clase sólo es predicable de los convenios colectivos que regula el ET" (STC 121/2001 de 4-junio). Debiendo significarse que "La protección del derecho de un sindicato a la negociación colectiva estatutaria no exige, por tanto, como la entidad recurrente reconoce, la exclusión de toda posibilidad de negociación colectiva a los demás sindicatos, aunque sí implica la necesidad de que el ejercicio de esa facultad de negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales no suponga una práctica antisindical de las vedadas en el art. 13 de la LOLS, o imposibilite jurídicamente la negociación colectiva de eficacia general" (STC 108/1989).

d) Por último en cuanto a los sujetos a los que se aplican y, en su caso, a la extensión a otros sujetos, se ha afirmado, por una parte, que solamente se aplican a los representados por el sindicato firmante y que, por tanto, "para aplicarlos a los representados por el sindicato que lo firma es preciso conocer a sus afiliados" y "existe un deber de sigilo profesional por ambas partes, y no se trata de un

conocimiento de datos para publicarlos, ni tan siquiera en el ámbito de la empresa" ( STC 145/1999 de 22-julio); y, por otra parte, que "La extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron, no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la voluntad de quienes en él no participaron, pero la adhesión de éstos, como adhesión libre, no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea, por lo que en ningún caso puede imputarse a tales cláusulas, jurídicamente irrelevantes, la lesión de un derecho ajeno" ( STC 108/1989 de 8-junio)."

## 2.- Normativa reguladora.

La sentencia de esta Sala de 1 de junio de 2007, recurso de casación 71/2006 ha establecido:

"Puesto que no hay normas específicas que disciplinen estos pactos, habrá que estar a las disposiciones que el Código civil dedica a los contratos, limitando sus efectos a las partes que los otorgan, como señala el artículo 1257 del propio Código. No obstante aquella ausencia de normas reguladoras, en algunos asuntos aparecen normativamente mencionados, como sucede con el artículo 163 de la Ley de Procedimiento Laboral, que permite la impugnación en vía jurisdiccional de los convenios colectivos, "cualquiera que sea su eficacia". Acerca de la validez de los pactos extraestatutarios se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1989, declarando que la negociación extraestaturaria está constitucionalmente protegida, al menos cuando quien negocia es un sindicato. La naturaleza meramente contractual de estos pactos implica su sometimiento a la jerarquía de las fuentes de la relación laboral establecida en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo respeto a la ley, a los reglamentos y a los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general".

Tal y como ha venido reiterando la doctrina de esta Sala, entre otras SSTs/Social 16-enero-1986, 30-mayo-1991 -rco 1356/1990, 29-septiembre-1993 -rco 880/1992, 28-marzo-1994 -rco 3352/1992, 22-enero-1994 -rco 2380/1992, 17-octubre-1994 -rco 2197/1993, 14-noviembre-1994 -rco 708/1993, 21-diciembre-1994

- rco 2734/1993, 27-marzo-1995 -rco 618/1994, 18-julio-1995 -rco 949/1994, 13-febrero-1996 -rco 2183/1993, 14-febrero-1996 -rco 3173/1994, 4-mayo-1995 -rco 346/1992, 10-junio-1996 -rco 2582/1995, 24-enero-1997 -rco 2833/1995, 10-junio-1998 -rco 294/1998- su regulación se rige, en esencia por la normativa civil de obligaciones y su valor es obligacional, no normativo, ya que dichos pactos de eficacia limitada no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral, al no estar incluidos en el artículo 3.1 ET.

### 3.- Límites de su eficacia.

La sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2006, recurso 88/04, establece:

"Es doctrina jurisprudencial sólidamente establecida que los convenios extraestatutarios son lícitos y válidos en el ordenamiento español siempre que limiten su eficacia al ámbito de aplicación de las entidades que los suscriben, y en su caso a quienes se adhieran e ellos; por eso se llaman también convenios o acuerdos de eficacia limitada. Partiendo de esta premisa, los pactos o acuerdos colectivos extraestatutarios no puedan regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación, pues la eficacia erga omnes se reserva a los convenios colectivos negociados de acuerdo con las previsiones del Título III del ET. El desbordamiento de este límite natural de eficacia lleva consigo consiguientemente la nulidad de los pactos o cláusulas afectados; como dice la sentencia de 30 de mayo de 1991 (rec. 1356/1990), "cuando se celebra convenio colectivo fuera de la disciplina estatutaria pero que en alguna de sus cláusulas persigue generalidad, de tal manera que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia erga omnes, habría que convenir que dichas cláusulas no serían legalmente válidas"

Por su parte la sentencia de 9 de marzo de 2011, recurso 1181/10 establece:

"Pero, con la excepción de habilitación del art. 38. 3.2º de la LPRL sobre el acuerdo para el establecimiento del comité intercentros, estas remisiones de la LPRL en materia de organización de las formas de participación de los trabajadores han de entenderse referidas a los convenios colectivos estatutarios y no a los extraestatutarios. La razón estriba, como dijo la sentencia de 1 de junio de 2007, en

que existen determinadas materias que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, porque en estas materias la regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar las condiciones de trabajo de unos trabajadores individualmente considerados, sino que a través de la organización de la acción preventiva en la empresa afectan a todos y requieren una regulación uniforme, y "en ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo".

La sentencia de 11 de septiembre de 2003, recurso de casación 144/2002 razona lo siguiente:

"3) Es claro que un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir los derechos fundamentales, ni las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual, como expresión de la voluntad de las partes y fuente de los derechos y obligaciones que integran la relación laboral, de modo que carecen de virtualidad en lo que respecta a las cláusulas y condiciones que impliquen, en perjuicio de los trabajadores, posiciones menos favorables que las establecidas en disposiciones de superior rango, legales, reglamentarias o convencionales, y eso es justamente lo que se dice en el artículo 3.1, c) al condicionar la validez de la voluntad de las partes manifestada en el contrato, a que su objeto sea lícito "y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados".

#### 4.- Eficacia obligacional.

La sentencia de esta Sala de 1 de junio de 2007, recurso de casación 71/2006 ha establecido lo siguiente:

"No hay unanimidad en la doctrina acerca de si la eficacia de esta especie de contratos es normativa o simplemente contractual, pues en línea de principio el artículo 37.1 de la Constitución autoriza la validez de ambas tesis, en cuanto alude a la "fuerza vinculante de los convenios", en general; la duda también le ha asaltado al Tribunal Constitucional, como puede verse en sus sentencias 177/88, 171/89 y 27/04, pero al igual que la sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 1991, se inclina por atribuirle la eficacia propia de los contratos, si bien con eso no se da respuesta a la interrogante que formula el recurrente, sino que deberá aclararse el significado de la expresión "contenido normativo" empleada por el pacto. Dada la peculiar naturaleza de los pactos analizados, que son negociados al margen de las previsiones del Título III del Estatuto de los Trabajadores, no les resulta de aplicación la regla del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la denuncia del contenido y la suerte de las cláusulas normativas y las obligacionales, y así lo entendieron los negociadores del impugnado al fijar en el artículo 4 el ámbito temporal y la denuncia del pacto, con su particular dimensión.

El concepto "contenido normativo" de los pactos puede resultar equívoco si se le desvincula de su ámbito de aplicación; el término normativo significa el efecto regulador aplicable a una determinada materia de un conjunto de disposiciones que han sido previstas por la ley o por los particulares; las cláusulas normativas de los convenios están destinadas a regular los derechos y obligaciones de las personas y entidades afectadas por dichos pactos, pues este es justamente el papel que han desempeñado las cláusulas de los contratos, y el pacto colectivo extraestatutario lo es, que se conciertan con la finalidad de compatibilizar los intereses contrapuestos de las partes, que se someten voluntariamente a una disciplina que ellos mismos han instaurado, lo que permite afirmar que los convenios de eficacia limitada, en el ámbito propio en el que son aplicables, tienen naturaleza y eficacia contractual y contenido regulador en el sentido indicado, es decir, únicamente respecto de los sujetos afectados por el contrato, pues esa fuerza la reciben del artículo 37.1 de la Constitución y del consentimiento de los negociadores, pero sin que sus cláusulas sobrepasen ese ámbito en ningún sentido ni pueden ser calificados como normativos en el puro sentido de la palabra, sino únicamente con el alcance al que nos hemos

referido, en cuanto regulan derechos y obligaciones de aquellos a quienes se extiende el concreto contrato colectivo. Por eso es aceptable el texto de la disposición adicional objeto de censura, entendida de la manera ya referida, con lo que el primer motivo del recurso claudica en todos sus planteamientos».

3.- Por lo tanto, al tener eficacia de convenio extraestatutario los pactos de fin de huelga tienen naturaleza y eficacia contractual, quedando limitada su eficacia al ámbito de aplicación de las entidades que los suscriben, y en su caso, a quienes se adhieran e ellos, rigiéndose su regulación, en esencia, por la normativa civil de obligaciones, siendo su valor obligacional, no normativo, si bien se trata de un contrato colectivo.

QUINTO.-1.- Procede el examen de la posibilidad de modificación del pacto que pone fin a la huelga y quienes están legitimados para realizarlo.

El acuerdo no puede ser modificado por voluntad unilateral de una de las partes firmantes, ya que, a tenor del artículo 1256 del Código Civil, la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, deviniendo obligatorio su cumplimiento, a tenor del artículo 1258 del Código Civil. Tampoco puede ser modificado por terceros sin el consentimiento de las partes, ya que supondría vulnerar la normativa reguladora de los contratos y el propio derecho de huelga y libertad sindical que ha sido puesto en juego, precisamente para poner fin a la huelga, mediante unos acuerdos que, de ser dejados sin efecto por terceros ajenos a los firmantes del pacto, vaciarían de contenido estos derechos.

2.- El pacto de fin de huelga, durante su vigencia, puede ser modificado por una norma legal. En este sentido se han pronunciado las sentencias de esta Sala de 25 de marzo de 1998, recurso 3823/1997 y 28 de enero de 1999, recurso 2319/1998. La primera de las sentencias citadas establece:

«a) Es cierto que el pacto que pone fin a una huelga tiene la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo (artículo 8,3 del Real Decreto Ley de 4 de Marzo de 1.977) y que éste tiene fuerza vinculante (artículo 37,1 de la Constitución y 82,3 del Estatuto de los Trabajadores). Pero también es cierto que el artículo 9-3 de la



Constitución garantiza el principio de jerarquía normativa y el artículo 85-1 en relación con el 3-3 del Estatuto de los Trabajadores imponen la sujeción del Convenio Colectivo -y con mayor razón de un Pacto colectivo- al impero de la ley por lo que afecta a los mínimos de derecho necesario.

b) La cuestión controvertida estriba en determinar la incidencia que sobre los referidos Pacto y Acuerdo han tenido las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1.997 (Ley 12/96 de 30 de Diciembre) y de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Ley 8/96 de 26 de Diciembre) en cuyos artículos 17.2 y 8.2, respectivamente, se dispone "que con efectos de 1 de Enero de 1.997, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no podrán experimentar variación con respecto a las del año 1.996, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad de los mismos. Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opongan al presente artículo".

c) La solución a dicha problemática ha sido abordada por el Tribunal Constitucional que ha declarado en su sentencia 58/1985 que la limitación de la autonomía colectiva del Sector Público nace de la unidad del ordenamiento jurídico que supone, entre otras consecuencias, el respeto por la norma pactada del Derecho necesario establecido por la Ley, que en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente de forma excepcional, reservarse para si determinadas materias que quedan por tanto excluidas, de la negociación colectiva. Añadiendo que igualmente aquella limitación puede originarse en virtud de circunstancias que aconsejen una política de control salarial que pueden legitimar condicionamientos y limitaciones temporales a la contratación colectiva. En este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado positivamente a favor de la limitación en los incrementos salariales que afecten al personal de la Administración Pública , declarando que esta limitación no vulnera el artículo 14 de la Constitución, sentencias 858/85 y 331/1.986; precisando, la sentencia nº 96/1.990, que el límite retributivo del

personal de la Administración Pública no vulnera el artículo 14, ni tampoco el 37,1 de la Constitución , añadiendo la sentencia 210/1990 que el Convenio Colectivo es una norma que solo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego que la ley le señala».

3.- Asimismo es posible modificar el pacto de fin de huelga por la voluntad conjunta de los firmantes del mismo pues, como todo contrato, puede ser modificado por el acuerdo de voluntades de los contratantes, tal como resulta del artículo 1255 del Código Civil, que faculta a las partes a establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes a la moral ni al orden público, existiendo en el concreto ámbito de las relaciones laborales que ahora examinamos las específicas limitaciones establecidas por el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores.

SEXTO.-1.- Procede examinar si el acuerdo conciliatorio, validado por Decreto de la Secretaria Judicial de la Audiencia Nacional, en fecha 14 de enero de 2013, en el seno del procedimiento de impugnación del despido colectivo efectuado por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y por el Comité Intercentros de Ediciones El País SL tiene virtualidad para sustituir al pacto de fin de huelga.

2.- Como ha quedado razonado, dada la naturaleza del pacto de fin de huelga, dicho pacto solo puede ser sustituido por la voluntad conjunta de los firmantes del mismo.

El pacto de fin de huelga fue suscrito, en fecha 20 de mayo de 2011, por la representación de la dirección de las empresas filiales o participadas que, a efectos de la negociación, se han venido considerando integradoras del "Grupo Prisa" -entre las que se encuentra Ediciones El País SL- y las representaciones de la Federación de CCOO y UGT, que ostentan la representación absolutamente mayoritaria en el ámbito de las empresas citadas, así como una representación de los distintos Comités de huelga, que ostentan la condición de representantes unitarios y han sido designados como representantes legítimos, a los efectos del proceso negociador.

El acuerdo conciliatorio, validado por Decreto de la Secretaria Judicial de la Audiencia Nacional, en fecha 14 de enero de 2013, se suscribió por la Federación de

Servicios a la Ciudadanía de CCOO y el Comité Intercentros de Ediciones El País SL, por una parte, y por Ediciones El País SL, por otra, y, si bien es cierto que esta última parte coincide con la firmante del acuerdo de fin de huelga de 20 de mayo de 2011, no coincide la otra parte, que en el asunto examinado es D.<sup>a</sup> Sandra.

Resta por examinar si los sujetos colectivos que han suscrito el acuerdo de conciliación, validado por Decreto de la Secretaria Judicial de la Audiencia Nacional, de 14 de enero de 2013 -la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y el Comité Intercentros de Ediciones El País SL- ostentan la representación de la actora D.<sup>a</sup> Sandra.

Respecto al Comité Intercentros hay que señalar que, a tenor del artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores, dichos Comités, que únicamente pueden constituirse en el supuesto de que en el Convenio colectivo se pacte su constitución y funcionamiento, no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el Convenio colectivo en que se acuerde su creación.

El I Convenio Colectivo de Ediciones El País SL (BOE 03/02/2012), prevé la constitución del Comité Intercentros en el artículo 55, que dispone:

„Artículo 55. Comités de empresa.

La representación de los Trabajadores de Ediciones El País, S.L., en el ámbito sindical y de negociación colectiva se articulará a través de un Comité Intercentros y de los Comités de Empresa de cada Centro, todos los cuales serán elegidos conforme a la legislación vigente y cuyas funciones serán las que se reseñan en los artículos siguientes.,

Las funciones de dicho Comité, así como de los Comités de Empresa de cada centro, aparecen recogidas en el artículo 56, que establece:

„Artículo 56. Composición y funciones de los Comités.

1. Los Comités de Centro estarán constituidos por el número de miembros que resulte de aplicar la escala a que se refiere el artículo 66.1 del Estatuto de los Trabajadores y tendrán las siguientes funciones:

a) Recibir información previa que afecte a su centro de trabajo relativa a las plantillas, reestructuraciones, modificaciones de jornadas, traslados de instalaciones, planes de formación, etc.

b) Controlar y asegurar el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral y de Seguridad Social, así como el respeto de los pactos, condiciones o usos vigentes en su centro de trabajo, formulando, en su caso, las acciones oportunas ante los organismos y tribunales competentes.

c) Control de la calidad de la docencia y de la efectividad de la misma en los centros de formación y capacitación del centro de trabajo.

d) Vigilancia de las condiciones de seguridad y salud en el centro de trabajo. El Comité podrá instar de la Dirección de Personal o, en su defecto, de los responsables localizables del centro de trabajo, la suspensión de la prestación del trabajo de los trabajadores afectados por el riesgo de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, comunicando, en su caso, su resolución a la Dirección y a la autoridad laboral.

e) En materia disciplinaria, para las faltas graves y muy graves, el Comité de Centro o Delegado de Personal, en su caso, habrá de ser oído previamente, cualquiera que sea su causa.

f) Corresponde, asimismo, a los Comités de Centro el ejercicio de todas las funciones que la legislación vigente encomienda a los representantes de los trabajadores de cada centro de trabajo, pudiendo interponer ante los organismos y tribunales competentes las reclamaciones y acciones que estimen convenientes para la defensa de los intereses y derechos de sus representados.

Deberán reunirse con la Dirección de la Empresa al menos una vez al mes, sin perjuicio de las reuniones de carácter extraordinario que pudieran solicitarse por cualquiera de las partes cuando el caso lo requiera.

2. Se crea un comité Intercentros constituido por un total de seis miembros, que serán elegidos por y entre los miembros de los Comités de Centro. El Comité Intercentros mantendrá al menos una reunión semestral con la Dirección de la Empresa en la que:

a) Será informado de la evolución general del sector económico de la prensa diaria; sobre la evolución de los negocios y la situación de la producción e inversiones y la evolución probable del empleo en la Empresa; sobre la situación contable de Ediciones El País, S.L., y, en general, sobre todo proyecto o acción empresarial que pueda afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores.

b) Será informado, con carácter previo a su ejecución y cuando se refiera a los centros de trabajo, sobre las reestructuraciones de plantilla, cierres totales o parciales, definitivos o temporales, así como de las reducciones de jornada; sobre el traslado total o parcial de las instalaciones empresariales; sobre los planes de formación profesional de la empresa; sobre procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la Empresa y sobre las modificaciones en la actividad empresarial.

c) Acordará con la Dirección de la Empresa, previamente a la negociación colectiva, la composición y demás cuestiones formales y presupuestarias de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo. En todo caso, a dicha Comisión Negociadora asistirán en calidad de asesores, con voz pero sin voto, los delegados de las Secciones Sindicales a nivel de Empresa que cuenten, como mínimo, con el 25% de los delegados totales en los Comités de Centro.

d) El Comité Intercentros podrá formular propuestas a la Dirección de la Empresa, que ésta deberá considerar y debatir conjuntamente con los miembros del Comité.

e) Los gastos del Comité Intercentros derivados de reuniones convocadas por la Dirección serán sufragados íntegramente por ésta de acuerdo con parámetros de razonabilidad y previa aceptación de su coste,.

Asimismo el artículo 56 reconoce al Comité de Empresa la facultad de convocar asamblea de trabajadores y, en su caso, presidirla, comunicando a la empresa la convocatoria con 48 horas de antelación y acordando con ésta las medidas oportunas para evitar perjuicios en la actividad normal de la empresa.

Resulta de la regulación contenida en el citado Convenio, que el Comité Intercentros de Ediciones El País SL se ha arrogado funciones que no tiene ya que en ningún caso puede representar a los trabajadores, ni realizar negociaciones, ni

acuerdos, estando limitadas sus facultades a recibir información, acordar la composición de la Comisión negociadora de convenios colectivos, formular propuestas a la dirección de la empresa y convocar y presidir la asamblea de trabajadores. Tal y como resulta del artículo 56.1 f) del Convenio, corresponde a los Comités de Centro el ejercicio de todas las funciones que la legislación vigente encomienda a los representantes de los trabajadores de cada centro de trabajo, por lo que, a tenor del artículo 63.1 del Estatuto de los Trabajadores, es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses. En definitiva, el Comité Intercentros no tiene atribuida funciones de representación de los trabajadores, por lo que el mismo no representa a la actora D.<sup>a</sup> Sandra.

En cuanto a la representación que ostenta la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, hay que señalar que no ha quedado acreditado que la citada trabajadora pertenezca a CCOO, por lo que, al tener eficacia de convenio extraestatutario el acuerdo de fin de huelga de 20 de mayo de 2011, solo puede ser modificado por los firmantes del mismo, afectando únicamente a los citados firmantes y a los trabajadores por ellos representados. La actora estaría representada por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, que firmó el acuerdo de conciliación, validado por Decreto de la Secretaría Judicial de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013, si perteneciera a CC OO, extremo que no ha quedado acreditado.

Al no coincidir los sujetos firmantes del pacto que puso fin a la huelga con los firmantes de acuerdo conciliatorio logrado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, no cabe entender que el citado pacto ha sido sustituido por el acuerdo conciliatorio. El pacto sigue plenamente vigente por lo que es exigible el cumplimiento de lo acordado, en sus propios términos.

3.- No cabe entender, como alega la demandada en su escrito de impugnación del recurso, que las partes decidieron sustituir válidamente, en el ámbito de su propia negociación y representación, conforme a la plena legitimación que les confiere el artículo 87 del ET y con aplicación del principio de modernidad, que determina que

un acuerdo posterior sustituye a uno anterior, por lo que sustituye a los Acuerdos de Prisa, válidamente y con el mismo valor de convenio colectivo.

Como ya ha quedado razonado el pacto que pone fin a la huelga no tiene la eficacia de un convenio colectivo estatutario sino extraestatutario y, en consecuencia, no le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores, sino lo establecido en el Código Civil referente a la regulación de los contratos.

En todo caso, aunque se entendiera, a efectos meramente dialécticos, que el pacto que pone fin a la huelga tiene la eficacia de un convenio colectivo estatutario, el acuerdo de conciliación, alcanzado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, validado por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013, no tiene la eficacia de un convenio colectivo .de dicha naturaleza, ya que no ha sido negociado siguiendo los requisitos establecidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, tanto los referentes a legitimación como a procedimiento.

Siguiendo con el hipotético planteamiento de considerar que el pacto tiene eficacia de convenio colectivo estatutario, procedería señalar que el 22 de noviembre de 2011 se firmó el acta final de la negociación del I Convenio Colectivo de Ediciones El País SL, en su DA, cláusula 11, bajo el epígrafe ,Estabilidad del empleo,, se prevén una serie de medidas para el supuesto de que sea necesario adoptar medidas de reajuste de plantillas, y entre las mismas no se contempla la fijación de la indemnización por despido de forma diferente a la fijada en el Acuerdo de 20 de mayo de 2011, siendo así que, si la eficacia del pacto fuera la de convenio estatutario, esta hubiera sido la forma adecuada de modificar la citada indemnización por despido.

Tampoco cabe entender que el hecho de que en el pacto de fin de huelga se disponga que ,Se podrán establecer factores correctores o variabilidad en cada unidad empresarial..., supone que se puede reducir la cantidad fijada como módulo indemnizatorio ya que dicha frase se refiere al conjunto del acuerdo, en especial, al apartado segundo que, de forma genérica, señala que ,Constituirá un elemento prioritario y previo para cualquier supuesto de extinción colectiva de contratos de

trabajo, la obligación empresarial de definir, concretar y causalizar la existencia y necesidad de los posibles excedentes laborales, tal como está previsto en la legislación laboral española,, sin que del contenido de la citada frase resulte que la voluntad de los firmantes del pacto fue la de permitir que se redujera el importe del módulo indemnizatorio fijado en el mismo. No podemos olvidar que se trata de un pacto de fin de huelga, que tiene su origen en el inicio de un expediente de despido colectivo, y que la finalización de la huelga se consigue por la oferta empresarial referida precisamente a evitar los despidos colectivos acudiendo a las desvinculaciones voluntarias -cláusula cuarta del pacto- y, en el caso de que se produzcan despidos, el módulo indemnizatorio que se fija es sustancialmente superior al legalmente establecido.

SÉPTIMO.- 1.-Procede examinar si el acuerdo de conciliación suscrito ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por Ediciones El País, por un lado y, por otro, la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y el Comité Intercentros, validado por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013, produce eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales de despido derivados del despido colectivo efectuado.

2.- La redacción del artículo 124.13 de la LRJS aplicable, es la dada al precepto por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Artículo 124.13 de la LRJS, en redacción dada por Ley 3/2012, de 6 de julio:

«Cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las siguientes especialidades:...b) Si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores que, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley».

Artículo 160.5 de la LRJS:



«La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquel tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquella como sentencia contradictoria».

Artículo 124.13 de la LRJS, en redacción dada por el artículo 11 del R D-Ley 11/2013, de 2 de agosto y, posteriormente por Ley 1/2014, de 28 de febrero:

«El trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo a través del procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las especialidades que a continuación se señalan:...b) Cuando el despido colectivo haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados anteriores de este artículo, serán de aplicación las siguientes reglas:... 2.<sup>a</sup> La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores».

3.- El examen del artículo 124.13 b) de la LRJS, en la redacción aplicable al supuesto examinado, la dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, nos conduce a concluir que la conciliación lograda en el seno del procedimiento de impugnación del despido colectivo, validada por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013, que tiene la consideración de conciliación judicial - artículo 84.1 de la LRJS- no produce efectos de cosa juzgada en los procesos individuales de impugnación del despido planteados por los trabajadores afectados.

Las razones son las siguientes:

Primero: El artículo 124.13 b) de la LRJS dispone: „Si una vez iniciado el proceso individual se presentase demanda por los representantes de los trabajadores

contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley,.

Por lo tanto se reconoce eficacia de cosa juzgada a la resolución de la demanda si la demanda de los representantes de los trabajadores se presenta una vez que ya se ha iniciado el proceso individual. En el asunto examinado la demanda formulada por los representantes de los trabajadores se presentó el 5 de diciembre de 2012 y la interpuesta por el trabajador individual se presentó el 9 de enero de 2013, es decir, con posterioridad a que se presentase la demanda de los representantes de los trabajadores, por lo que no se cumple el primer requisito para que la cosa juzgada despliegue su eficacia, a saber, que se haya iniciado el proceso individual cuando se presente la demanda por los representantes de los trabajadores.

Segundo: El tenor literal del precepto, primer canon hermenéutico, a tenor del artículo 3 del Código Civil, al establecer que la resolución de la demanda de despido colectivo ,una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada, conduce a determinar que tal resolución, necesariamente ha de ser una sentencia.

En efecto, el carácter de firme únicamente se predica de la sentencia, no de la conciliación judicial.

Al reconocer el precepto a la resolución de la demanda eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual, en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley, nos conduce a determinar que, dado que dicho precepto dispone que la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, únicamente cabe reconocer dicho efecto en el ámbito del despido colectivo, a la sentencia que ponga fin al mismo. El precepto vuelve a referirse a la sentencia firme, al señalar ,vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme...,

Tercero: La modificación del precepto, operada por el artículo 11 del R D-Ley 11/2013, de 2 de agosto y, posteriormente por Ley 1/2014, de 28 de febrero, que ha variado profundamente su redacción.

En efecto, el artículo 124.13 b), en la redacción actualmente vigente, dispone: ,Cuando el despido colectivo haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados anteriores de este artículo serán de aplicación las siguientes reglas: 2ª) La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales,, No se exige que la impugnación del despido por los representantes de los trabajadores se efectúe una vez iniciado el proceso individual -a diferencia de la redacción anterior del artículo 124.13 b)- y se introduce la conciliación judicial, que antes no estaba contemplada, entre los supuestos de terminación del proceso, que producen efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales.

A mayor abundamiento hay que señalar que la nueva redacción del precepto no se ha limitado a añadir la conciliación judicial como supuesto que produce efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales de despido pendientes de resolución, sino que ha fijado en que consiste la eficacia de cosa juzgada, no procediendo a remitir al artículo 160.5 de la LRJS, como en la redacción anterior del precepto, sino que dispone que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores.

Cuarto: El efecto que produce la cosa juzgada, tanto respecto a los elementos subjetivos - artículo 222.3 LEC-, como a los objetivos - artículo 400.2 de la LEC-, es diferente si la misma dimana de una sentencia que si tiene su origen en una conciliación -transacción judicial-, tal y como se consigna en el fundamento de derecho undécimo de esta resolución, siendo mucho más amplio el efecto que acarrea la sentencia que el que deriva de la conciliación judicial.

Quinto: La exposición de motivos del R D Ley 11/2013, de 2 de agosto y de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, señalan que el artículo 11 modifica la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en relación con la modalidad

procesal de despido colectivo para que la impugnación colectiva asuma un mayor espacio. En esta asunción de mayor protagonismo de la impugnación colectiva se encuentra, entre otros, la posibilidad de que la conciliación judicial, suscrita por los representantes de los trabajadores y la empresa, produzca eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales de impugnación del despido que puedan plantear los trabajadores afectados.

4.- En definitiva, de los anteriores razonamientos resulta que la conciliación judicial, lograda en el proceso de impugnación por los representantes de los trabajadores del despido colectivo, en supuestos de despidos acaecidos bajo la vigencia del artículo 124.13 de la LRJS, en la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, no tiene eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales de despido pendientes o que puedan plantearse. Si produce dicha eficacia la conciliación judicial en los supuestos de despidos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigor del R D Ley 11/2013, de 2 de agosto.

En el asunto examinado, al haberse producido el despido -tanto la tramitación del despido colectivo como el despido individual- bajo la vigencia del artículo 124.13 de la LRJS, en la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, la conciliación lograda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento de impugnación del despido colectivo, validada por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013 no tiene eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales de despido y, por lo tanto, no tiene dicho efecto sobre el despido ahora examinado.

OCTAVO.- 1.- Procede examinar si puede predicarse el efecto de cosa juzgada del acuerdo de conciliación judicial en aplicación, no de las normas específicas que regulan la impugnación del despido colectivo y la demanda individual de impugnación de los despidos derivados de dicho despido colectivo, sino en aplicación de las normas generales del Código Civil y LEC que regulan la materia.

2.- Respecto a la cosa juzgada hay que distinguir los dos efectos que puede producir la misma, el negativo o excluyente y el positivo o prejudicial. El primero aparece contemplado en el apartado 1 del artículo 222 de la LEC, al señalar: „La cosa

juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo,. El efecto positivo o prejudicial se regula en el apartado 4 del artículo 222 de la LEC, que dispone: „Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso, vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal,.

En el asunto examinado nos estamos refiriendo al efecto positivo o prejudicial que supone que el efecto de cosa juzgada no excluye el ulterior proceso, pero si aparece como una premisa de la que se ha de partir, vinculando al Tribunal al resolver el proceso posterior.

3.- En cuanto a si la conciliación judicial tiene eficacia de cosa juzgada, hay que poner de relieve, en primer lugar, que no cabe identificar la eficacia de cosa juzgada con la ejecutividad de un título judicial o extrajudicial.

Títulos ejecutivos son los que llevan aparejada ejecución y la LEC, en el artículo 517.2 -aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 237.1 y DF cuarta de la LRJS y artículo 4 de la LEC- enumera dichos títulos, apareciendo entre los mismos, en el apartado 2.3º, las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso. Por su parte el artículo 84.5 de la LRJS establece: „La conciliación y los acuerdos entre las partes aprobados por el secretario judicial o, en su caso, por el juez o tribunal se llevarán a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias,. Por lo tanto, está fuera de toda duda que la conciliación judicial -dicha consideración la tiene la conciliación lograda ante el secretario judicial, a tenor del artículo 84.1 de la LRJS- es un título ejecutivo ya que lleva aparejada ejecución.

NOVENO.-1.- Para determinar si la conciliación judicial produce efectos de cosa juzgada y con que amplitud, debemos fijar, en primer lugar su naturaleza.

Se ha reconocido que tiene el carácter de una transacción judicial, tal y como resulta de la regulación de dicha figura.

A este respecto hay que señalar que el concepto de transacción recogido en el artículo 1809 del Código Civil -Es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado,- presenta como elementos esenciales: 1º) Una relación jurídica incierta. 2ª) La intención de los contratantes de sustituir a la relación dudosa una relación cierta e incontestable y 3ª) una recíproca concesión de las partes, por virtud de la cual, cada una de ellas dando, reteniendo o prometiendo algo sufra un sacrificio. En cuanto al último requisito resulta que pueden ser objeto de transacción todos los derechos controvertidos o dudosos, siempre que por ser de interés privado y estar en el comercio sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares. La transacción judicial -la que se concluye para poner término a un pleito comenzado, comunicándose al juzgado- puede realizarse en cualquier momento de la primera instancia, o de los recursos, o de la ejecución de sentencia, a tenor de lo establecido en el artículo 19.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- El artículo 1816 del Código Civil dispone que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.

La transacción judicial tiene reconocido el efecto de cosa juzgada, si bien en términos menos amplios que los que establece el artículo 222 de la LEC para las sentencias firmes. En efecto, dicho precepto regula con mayor amplitud que el artículo 1816 del Código Civil el ámbito subjetivo al que se extiende la cosa juzgada negativa o excluyente, ya que afecta no solo a las partes -como el 1816 del Código Civil- sino también a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 222.3 de la LEC. Por su parte el artículo 400.2 de la LEC amplía el ámbito objetivo de la cosa Juzgada al disponer: „De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en éste,, es decir, que la cosa juzgada se extiende no solo a lo alegado en el proceso sino también a todos los hechos y fundamentos jurídicos que pudieron alegarse en el

mismo. Tal previsión no aparece en el artículo 1816 del Código Civil respecto a la transacción.

3.- En principio parece que podría aplicarse al supuesto debatido la previsión contenida en el artículo 1816 del Código Civil y, por tanto, que el acuerdo conciliatorio, validado por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013, alcanzado en el seno de un procedimiento de impugnación de despido colectivo, produjera efectos de cosa juzgada en los procesos individuales derivados del citado despido colectivo.

Ocorre, sin embargo, que el artículo 1816 del Código Civil, al igual que el 222.4 de la LEC -para el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada- exigen que las partes sean las mismas - artículo 1816 del Código Civil- o que los litigantes sean los mismos - artículo 222.4 de la LEC- y en el supuesto examinado no concurre la requerida identidad subjetiva.

En efecto, los sujetos que lograron el acuerdo conciliatorio, validado por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013, fueron la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y el Comité Intercentros de Ediciones El País SL, de una parte y, de la otra, la empresa Ediciones El País SL y, si bien es cierto que esta última parte coincide en el procedimiento de impugnación del despido individual, no coincide la parte actora, que en el asunto examinado es D.<sup>a</sup> Sandra -sin que quepa entender que está representado por los sujetos colectivos firmantes del acuerdo conciliatorio, tal y como se razona en el fundamento de derecho noveno, apartado 2 de esta resolución-, por lo que no se produce el efecto de cosa juzgada.

4.- El artículo 222.4 de la LEC, prevé que la eficacia de la cosa juzgada, se extienda a otro proceso cuando así lo establezca una disposición lega. El artículo 124.13 de la LRJS, en redacción dada por Ley 3/2012, de 6 de julio, prevé esa extensión en el supuesto de que iniciado un proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores y respecto a la sentencia firme que resuelva la impugnación del despido colectivo, pero no tiene dicha previsión para el supuesto de que la citada impugnación finalice con conciliación judicial. Por lo tanto tampoco cabe por este camino aplicar la eficacia de cosa juzgada.

DÉCIMO.- Por todo lo razonado, entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar en parte el recurso de tal clase interpuesto por D.<sup>a</sup> Sandra y, manteniendo la sentencia impugnada tal como se consignó, revocarla en el extremo relativo a la indemnización que ha de abonar la demandada por despido, condenando a EDICIONES EL PAÍS SL a abonar a la actora la indemnización de 45 días de salario por año de servicio, con el tope de 42 mensualidades, deduciéndose de la misma el importe de la indemnización ya percibida.

Madrid, a 27 de abril de 2017

QUE FORMULA LA MAGISTRADA DE ESTA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO, EXCMA. SRA. D<sup>ÑA</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA N<sup>o</sup> 280/2016.

No se discrepa del signo del fallo sino de una de las razones esgrimidas para llegar al mismo, alcance del acuerdo alcanzado el 20-5-2011, y del carácter preponderante que a esa justificación se otorga habiendo relegado la sentencia a un segundo plano en cuanto al debido desarrollo el análisis de las cuestiones que sirven para dirimir la controversia cuestiones planteadas por el recurso atinentes al valor de cosa juzgada y su desarrollo al limitarse a dar por sentado que hasta la afirmación del valor de cosa juzgada sin razonar a que obedece esa conclusión.

Este voto particular parte en primer término de considerar el acuerdo de 20-5-2011 como un pacto que en relación al alcance de la cifra módulo, 45 días por año con un tope de 42 mensualidades el importe es claro y terminante y la mención de ,factores correctores o de variabilidad en cada unidad empresarial, no contempla una minoración en la cuantía de tal entidad como es la reducción a 38 días por año a trabajadores que no cuentan 58 años).

A partir de este criterio se considera en el voto que lo trascendente es delimitar la naturaleza y efectos del acuerdo alcanzado en conciliación judicial el 14-1-2013 y la legitimidad y capacidad negociadora de quienes en él intervinieron.



La cuestión a resolver en la presente litis versa acerca si debe otorgarse prevalencia en materia de cuantía de las indemnizaciones por despido colectivo al Acuerdo alcanzado entre el Comité de huelga y las empresas que integran el grupo, el 20 de mayo de 2011 o bien al Acuerdo alcanzado en Conciliación el 14 de enero de 2013 en el curso de la tramitación de la demanda por despido colectivo, que incluía al actor, habiendo finalizado el periodo de consultas sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012 .

Como se ha visto al analizar la contradicción concurren en la controversia tres procesos separados y, en principio, independientes. De una parte, Ediciones El País S.L. negociaba un Convenio Colectivo cuyo Acta Final se firma el 22 de noviembre de 2011 en el que no se contiene previsión alguna acerca de las indemnizaciones por despido que pudieran tener lugar. Por otro lado, el Grupo PRISA y el Comité de huelga de todas las empresas que lo integran alcanzan un acuerdo el 20 de mayo de 2011, suscrito el 14 de junio de 2011, en el que se comprometen a acometer proceso de reestructuración que pueda afectar al volumen de empleo, incluyendo el pacto sobre la cuantía de las indemnizaciones por despido colectivo, a razón de 45 días por año de servicio, con un tope de 42 mensualidades. Y por último, iniciado expediente de despido colectivo que finaliza sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012 y en el que estaba incluido el actor, se interpone demanda de despido colectivo ante la Audiencia nacional el 5 de diciembre de 2012 por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones obreras y por el Comité Intercentros de Ediciones el País S.A al tiempo que se inicia negociaciones entre representantes de los trabajadores y la empresa en las que se obtiene un preacuerdo sometido a la Asamblea de trabajadores que vota a favor del mismo, llegando el 14 de enero de 2013 a un Acuerdo Conciliatorio que entre otros particulares incluye una cuantía indemnizatoria que distingue entre trabajadores con 58 años y el resto siendo para estos últimos a razón de 38 días por año de servicios y abrir un plazo de adscripción voluntaria. De dicho acuerdo se instó la ejecución por los trabajadores al haber abonado la empresa la cantidad pactada solamente a quienes no pusieron tacha al documento , no haciéndolo a los que pretendía formar con no conformidad. Paralelamente a la ejecución instada por los representantes de los trabajadores, éstos individualmente interpusieron sus demandas.

La impugnación colectiva finalizó por Auto de la Audiencia nacional de 30 de enero de 2013 que con parcial estimación de lo pedido acordó requerir a la demandada de suerte que la indemnización sea abonada a los que la reciban sin mostrar disconformidad y en otro caso se consigne su importe al tiempo que razona acerca de la naturaleza y efectos del Acuerdo de Conciliación.

La controversia así planteada sugiere dos magnitudes que entran en concurrencia y la decisión bajo esa perspectiva debería ceñirse a decidir cual de las dos debe anteponerse a la otra. Sin embargo, cabe cuestionar si esa es la óptica correcta para afrontar la resolución del conflicto planteado.

Comenzando el análisis de los dos supuestas fuerzas en oposición, la descripción del acuerdo obtenido el 20 de mayo de 2011 y suscrito por las distintas representaciones de los trabajadores el 14 de junio de 2011 presenta el resultado de una negociación colectiva llevada a cabo entre las empresas filiales o participadas que se han considerado integradoras del Grupo Prisa y la representación de los trabajadores (Comité de Huelga de todas ellas). En dicho acuerdo se establecía como plazo de vigencia de aplicación y desarrollo, hasta la finalización de los compromisos adquiridos.

En cuanto al Acuerdo de 14 de enero de 2013 su valor y características son las que le confieren los artículos 124-13 de la LRJS en la redacción anterior a la modificación operada en virtud del artículo 11.1 del R.D.L 11/2013 de 2 de agosto , y artículos 83 a 85 , ambos inclusive, del citado texto procesal.

Se trata de un acuerdo alcanzado en la Secretaría de la Audiencia Nacional posibilidad que la LRJS ofrece en los siguientes términos a tenor del artículo 84 del citado texto : "1. El secretario judicial intentará la conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que le es propia, y advertirá a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles. Si las partes alcanzan la avenencia, dictará decreto aprobándola y acordando, además, el archivo de las actuaciones. Del mismo modo, corresponderá al secretario judicial la aprobación del acuerdo alcanzado por las partes antes del día señalado para los actos de conciliación y juicio.

La conciliación y la resolución aprobatoria, oral o escrita, se documentarán en la propia acta de comparecencia.

La conciliación alcanzada ante el secretario judicial y los acuerdos logrados entre las partes aprobados por aquél tendrán, a todos los efectos legales, la consideración de conciliación judicial".

"5. La conciliación y los acuerdos entre las partes aprobados por el secretario judicial o, en su caso, por el juez o tribunal se llevarán a efectos por los trámites de la ejecución de sentencias."

"6. La acción para impugnar la validez de la conciliación se ejercitará ante el mismo juzgado o tribunal al que hubiera correspondido la demanda, por los trámites y con los recursos establecidos en esta Ley. La acción caducará a los treinta días de la echa de su celebración. Para los terceros perjudicados el plazo contará desde que pudieran haber conocido el acuerdo. Las partes podrán ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos y la impugnación por los posibles terceros perjudicados podrá fundamentarse en ilegalidad o lesividad", siempre en los términos de la indicada redacción, vigente en la fecha en la que Acuerdo tuvo lugar."

En cuanto a la conexión de las normas a las que nos acabamos referir con el proceso en el que concretamente se produce la conciliación el artículo 124-13 dispone que ,Cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las siguientes especialidades:

"a) Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados."

"Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquéllos, siempre que no se haya impugnado la decisión extintiva, de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, por los representantes de los trabajadores no firmantes del acuerdo."

"b) Si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley."

"c) El despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de esta Ley, cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista."

"También será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia".

No requiere mayor esfuerzo de interpretación llegar a la conclusión de que el término „resolución" alude a la finalización del proceso, ya sea por sentencia ya lo sea a través de la conciliación judicial pues como hemos visto ese valor posee la conciliación formalizada con intervención de quien sea titular de la Secretaría , artículo 84.1 de la L J S, y cuya aprobación requiere para revestir validez, mismo apartado, hasta el punto de emitir resolución aprobatoria , lo que excluye toda incomodidad interpretativa a la hora de incluir dicho acto de aprobación en la noción de, resolución, a la que hace referencia el artículo 124-13 de la LRJS, cuyo significado es el de haber puesto fin al proceso, excluidos obviamente el desistimiento y el allanamiento.

Tampoco es discutible el valor de sentencia firme que posee dicha actuación por cuanto el artículo 84.5 de la LRJS le confiere virtualidad ejecutiva para ser cumplidos por los trámites de las sentencias firmes , como también lo hace con el

acuerdo de conciliación o mediación y los laudos arbitrales firmes regulados en los artículo 67 y 68 de la LRJS.

En cuanto a valor como cosa juzgada, examinado este concepto en forma genérica, es decir, al margen del supuesto específico del artículo 124-13 de la LJS, el Código Civil, en su artículo 1816 establece que la transacción tiene para las partes el valor de cosa juzgada, sin haber mediado aprobación judicial y solo en el caso de existir ésta procede la vía de apremio. Tampoco existe violencia interpretativa alguna en atribuir aquel carácter de cosa juzgada, con el mismo alcance limitado, a la conciliación judicial a la que se hace equivaler la alcanzada en la Secretaría del Juzgado o Tribunal.

Es cierto que el valor de sentencia firme supone en principio la virtud de servir de título para el apremio y así ocurre con la conciliación no judicial ante el órgano competente de la Administración, mediación y laudos contemplados en los artículos 67 y 68 de la LJS y con la conciliación judicial cuya consideración posee la celebrada en Secretaría, ex artículo 84. 1 y 5 de la LJS, que en principio la sentencia firme produce el valor de cosa juzgada y que todo caso ateniéndonos a lo dispuesto en el artículo 1816 del Código Civil lo producirían ya que en la esencia de todas las modalidades citadas se encuentra la transacción pero eso sí, operando ésta en los términos del artículo 1251 del Código Civil, debiendo concurrir la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

No cabría por lo tanto hacer que la conciliación judicial sea hecha de peor condición que la transacción no judicial, debiendo producir el efecto de cosa juzgada en dichos términos dadas las condiciones de mérito con arreglo al artículo 1251 el Código Civil. Sin embargo, en el caso del artículo 124-13 de la LJS no nos hallamos ante una cosa juzgada que se ajuste estrictamente a los límites del artículo 1251 del Código Civil, razón por la que el legislador ha formulado una declaración específica de cosa juzgada.

Efectivamente, con ello se prevé que no concurre la más plena triple identidad y de no ser por esa expresa declaración, lo resuelto acerca del despido colectivo nunca podría alcanzar a producir el efecto de cosa juzgada en el despido individual.

No puede existir coincidencia en cuanto al objeto, un acuerdo o una decisión unilateral en el despido colectivo, y una extinción individual en el despido derivado de aquel.

Tampoco en la causa de pedir. Se encuentran tasadas las causas por las que se puede impugnar el despido colectivo, son las previstas en el artículo 124-2, a) b) c) y d) en tanto que las causas para la impugnación del despido individual serán las del apartado 13- del citado precepto, además del artículo 122 2. y 3, de la LJS y por las causas establecidas en el apartado 13-c) de la referida ley procesal.

En cuanto a las personas que figuran como partes demandantes y demandada y la calidad con que lo fueron, en el despido colectivo, el artículo 124.1 de la LJS, reconoce legitimación activa para el despido colectivo tanto a los representantes legales de los trabajadores como a los sindicales siempre que éstos tuvieran implantación en el ámbito del despido colectivo, figurado como parte demandada no solo la empresa sino también quienes hubieren firmado el acuerdo en el caso de que éste se hubiere producido.

Por el contrario en el despido individual la parte actora está representada por los trabajadores despedidos y la demandada por la empresa, determinados trabajadores cuando el objeto verse sobre preferencias atribuidas y los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquellos, siempre que no haya impugnado la decisión extintiva por los representantes no firmantes del acuerdo aprobación.

La situación descrita explica la razón por la que el artículo 124-13 formula una expresa declaración de cosa juzgada atribuyéndola a la, resolución, del litigio en vía colectiva. Dos son las razones, ni existe la triple identidad del artículo 1251 del Código Civil ni su extensión es completa ya que en la redacción anterior a la modificación operada por el artículo 11.1. del RDL 11 /2013 de 2 de agosto de la

norma remite al artículo 160-5 de la misma Ley , efectos de la cosa juzgada de la sentencia dictada en conflicto colectivo, remisión genérica cuyos estrictos límites aún siendo previsibles fueron aclarados de manera pormenorizada a través de las menciones que a raíz de la reforma de 2013 incluye la modificación del texto, pues las cuestiones ,de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en apartados anteriores, no pueden ser incluidas en el efecto de la cosa juzgada por ser contrario a su naturaleza, a tenor del artículo 1251 del Código civil con carácter general, y de modo especial porque al ser ésta una cosa juzgada creación del legislador, sobrepasando los límites de la formulación general, solo las cuestiones que afectan con carácter de generalidad, entre ellas el importe de las indemnizaciones acordadas para todos o las diferentes grupos de trabajadores, pueden ser materia de cosa juzgada.

Sentado como base de la discusión cuanto se ha dicho, y acerca de la especial naturaleza de la cosa juzgada tal como se contempla en el artículo 124 -13 de la LJS, antes y después de la reforma motivada por el artículo 11.1 del R D L 2272013 de 2 de agosto y de la modalidad de conciliación judicial en la expresión ,resolución de la demanda" también en las diferentes redacciones dada al citado precepto, resta por determinar que efecto intrusivo puede tener el acuerdo alcanzado el 14-1-2013 entre los representantes legales de los trabajadores y dicha empresa, respecto al Acuerdo de desconvocatoria de huelga suscrito el 14 de junio de 2012 por el Grupo de empresas y las centrales sindicales UGT y CC.OO.

Es preciso deslindar en primer lugar la legitimación para interponer la demanda frente al despido colectivo en el entendimiento de que es esta la cuestión a analizar sin confundirla con una renegociación del pacto de desconvocatoria de huelga. Al respecto el artículo 124.1 de la LJS faculta por igual a los representantes legales de los trabajadores y a los representantes sindicales, siempre que éstos cuenten con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo. Asumió la representación el Comité Intercentros y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras con el elemento sobreañadido de que el preacuerdo inicial fue sometido a votación en asamblea entre todos los trabajadores a quienes afectaba (H.P.4). No se ha discutido el grado de implantación de la central sindical lo que viene a salvar que

el Comité Intercentros no tenga atribuida por Convenio Colectivo (B O E de 3-2-2012), la capacidad para representar a los trabajadores en el ejercicio de acciones y reclamaciones al venir atribuida a los Comités de centro (art. 56. 1.f del citado convenio).

Nos hallamos ante un supuesto de representación legalmente atribuida bastando con que se ajuste a las exigencias del artículo 124.1 de la LJS para que pueda desempeñar cuantas funciones ordinariamente tiene quien ejercita una acción ante la Administración de justicia, sin necesidad de específico apoderamiento lo que le faculta para transigir en el ámbito de su reclamación como lo prueba la posibilidad de conciliación.

En cuanto a los límites de la reclamación vienen definidos de manera específica en el artículo 124. 2 de la LJS y en cuanto a las posibles cuestiones conexas, para las que existe un margen dados los términos del segundo párrafo del punto 2. Apartado d) al disponer que ,en ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el periodo de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo,.

Que la controversia versaba sobre el importe de la indemnización no deja lugar a dudas y a la vista del hecho probado tercero de esta sentencia en la que se hace referencia al hecho cuarto de la demanda de despido colectivo y por cuanto el periodo de consultas acabó sin acuerdo y la empresa envió las comunicaciones apartándose del pacto suscrito el 14 de junio de 2011 con imposición unilateral de un módulo de 20 días por año. Del texto transcrito del artículo 124 no puede caber la duda de que la impugnación de la decisión empresarial venía motivada, entre otros extremos, por la cuantía indemnizatoria ya que la impuesta por la empresa se ajusta a la cifra legalmente prevista con o sin acuerdo. La empresa se había apartado unilateralmente de lo acordado el 14 de junio de 2011 y no se había llegado a un acuerdo tras el periodo de consultas. La reclamación judicial realmente abre una nueva negociación que culmina en la conciliación de 14 de enero de 2013. El acuerdo consiste en que no



se mantiene ni el importe preconizado por la empresa ni tampoco el derivado del acuerdo alcanzado el 14 de junio de 2011.

En cuanto a la disponibilidad de los derechos de los trabajadores, el artículo 3.5 la niega para los derechos que nacen de los reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario y los originados en Convenio Colectivo reconocidos por el mismo como indisponibles, característica esta última que no consta que reúna el pacto de 14 de junio de 2011.

Lo anterior conduce a la conclusión de que no cabe negar a quienes legítimamente sostuvieron la pretensión impugnatoria de despido colectivo la capacidad para obtener un acuerdo de conciliación que no ha transgredido los límites establecido en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, habiéndose pronunciado con anterioridad esta Sala, si bien a propósito de otra cuestión acerca del efecto de cosa juzgada de la conciliación obtenida el 14-1-2013, en el ATS 25-3-2015 (R. 870/2014).

Es oportuno resaltar a través de este voto como el acuerdo de 20-5-2011 ha sido objeto de una suerte de, abandono, por los interesados en las diferentes unidades o al menos así aparenta ser en el caso de Ediciones El País, S. L. habiendo servido tan solo como parapeto que pusiera fin a un despido grupal de PRISA.

Alcanzado el acuerdo con valor de convenio colectivo el 20-5-2011, firmado el 14-6-2011, a los cinco meses, 22-11-2011 se firma el acta final de la negociación del convenio colectivo de Ediciones El País, S.L. (2011-2013) en cuya Disposición Adicional Segunda se contempla una serie de previsiones sobre las posibles reestructuraciones en el futuro cuya formulación reviste el carácter de una fórmula de estilo que no hace alusión alguna al acuerdo de 20-5-2011, y ello teniendo en cuenta que el convenio colectivo se firma en noviembre de 2011 siendo inminente la puesta en marcha de un despido colectivo en la unidad empresarial en este caso demandada Ediciones El País, S.L. cuyo periodo de consultas finaliza el 8 de noviembre de 2012 sin acuerdo, seguido de un despido colectivo impugnado mediante la demanda de esa naturaleza fechado el 5 de diciembre de 2012. No obstante ese ,abandono, material no obsta a su supervivencia formal y un conflicto de prevalencia con respecto a la

conciliación judicial de 14-1-2013 debió ser resuelto con arreglo al criterio que sostiene este voto particular.

En Madrid a 27 de abril de 2017.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro, así como el voto particular que formula la Excmo. Sra. Magistrada Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol, Excmo. Sra. D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún, Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer y Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia, y el voto particular que formula la Excmo. Sra. Magistrada Doña María Milagros Calvo Ibarlucea, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

#### **4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2017**

##### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por la representación del sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST) se presentó demanda sobre de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: «con estimación de la demanda se declare que la demandada ha vulnerado el derecho a la huelga y el derecho a la libertad sindical del sindicato actor, obligando a la empresa a reunirse y negociar de buena fe una solución que ponga fin al Conflicto Laboral hoy existente y se condene a la empresa demandada a estar y pasar por dicha obligación, así como a resarcir en la cantidad de 4.000 euros por los daños y perjuicios causados, pues así procede en derecho y justicia».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada y alegando las excepciones de falta de acción y falta de legitimación pasiva, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- El día 28 de octubre de 2015, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva de Telefónica de España S.A.U. y desestimamos la demanda formulada por D<sup>a</sup> Marisa, en nombre y representación del sindicato ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES (AST), contra la empresa TELEFONICA DE ESPAÑA SAU, sobre TUTELA DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL. U absolvemos a la empresa demandada de las pretensiones frente a la misma deducidas en demanda».

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: <<1º.- Los trabajadores afectados por el presente conflicto son los trabajadores y trabajadoras de todo el estado de las contratas, subcontratas y autonomos, que realizan su actividad como técnicos para las empresas subcontratadas por Telefónica de España SAU para realizar los trabajos de Instalación y Mantenimiento de las Líneas Telefónicas y de los Repartidores de las Centrales Telefónicas.- 2º.- La empresa demandada cuenta con una plantilla propia de unos 22.000 trabajadores, que ejercen su actividad bajo el ámbito de aplicación del Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU para los años 2011-2013.( BOE 4 de agosto de 2011).- Alrededor de 15000 trabajadores prestan servicios en contratas, subcontratas y autónomos dependientes, cuya actividad consiste en reparar, conservar y mantener la red telefónica desde el domicilio del cliente hasta la entrada en la central telefónica.- Estos trabajos hasta la década de 2.000, la empresa los realizaba con personal propio, pero a raíz de los despidos colectivos y Expedientes de Regulación de Empleo, esta y otras actividades fueron entregadas a lo que ella denomina empresas colaboradoras. (Hecho conforme).- 3º.- Actualmente esta actividad la ha contratado Telefónica de España a través de 10 Empresas Colaboradoras, (COBRA, COMFICA, ELECNOR, LITEYCA, ABENTEL, COTRONIC, ITETE, DOMINION, TELECO y MONTELNOR), que a su vez subcontratan con otras

empresas.- Igualmente tanto las diez contratas como las subcontratas tienen a su vez contratados Autónomos Dependientes (TRADES) que se rigen por la Ley 20/2007 de 11 de Julio. (Hecho conforme).- 4º.- La regulación de las relaciones entre Telefónica y las 10 Contratas se lleva a cabo mediante un contrato mercantil denominado Contrato Bucle, que se renueva cada tres años habiendo formalizado uno para el período 2012/2015 y en marzo de 2015 Telefónica presenta un nuevo contrato Bucle para los años 2015-2018. En dicho Contrato Bucle, Telefónica barema y da un valor en "puntos" a cada trabajo que se realiza, asignándole asimismo un valor económico al "punto" realizado, siendo este contrato el que sirve como base a las subcontratas y los trabajadores autónomos dependientes para la facturación (hecho conforme, descriptor 35).- 5º.- El sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST), convoca una huelga el 18 de marzo de 2015 para Madrid y posteriormente para todo el Estado a celebrar el 28 de marzo en Madrid y el 7 de abril en todo el territorio. Huelga que es comunicada a la Autoridad Laboral, a la patronal del Sector del Metal y a la empresa Telefónica de España S.A. U en la que se le comunicaba: "... Quedamos a la espera de su citación, a la mayor brevedad posible, para llevar a cabo una negociación de buena fe respecto a los puntos a tratar y que se reflejan en la Convocatoria de la Huelga." (Descriptores 2 y 3).- 6º.- En las comunicaciones remitidas a la autoridad laboral y a la empresa, se hace constar que: los motivos de la huelga se mantienen y consisten en presionar a telefónica (movistar) y a las contratas (empresas colaboradoras) y subcontratas implicadas para la consecución del siguiente objetivo: "Por la retirada del nuevo contrato de bucle 2015-2018 de telefónica (moviestar) con sus contratas (empresas colaboradoras) que afecta a los trabajadores y trabajadoras de estas contratas y a los subcontratados por las mismas, a los que se rebaja sustancialmente el baremo (puntos) aplicado a los trabajos realizados, obligándoles incluso a realizar algunos trabajos de manera gratuita. Descriptores (2, 3 y 4).- 7º.- Telefónica se dirigió a sindicato AST mediante comunicación escrita de fecha 24 de marzo 2015 en los siguientes términos: "Me refiero a la convocatoria de huelga que el sindicato AST, al que usted representa, ha convocado a partir del próximo sábado 28 de marzo en las "contratas y subcontratas que trabajan para Telefónica (Movistar) como técnicos en la CCAA de Madrid "en la que solicita la convocatoria de reunión del Comité de Huelga con la dirección de Telefónica de España para negociar sobre los motivos de la misma.- A este respecto, entendemos que, sin

perjuicio de los errores formales en que incurre la comunicación, no ha lugar a la petición de citación que usted demanda por no concurrir los motivos legales necesarios para la citada convocatoria." (Descriptor 5 y 55).- 8º.- El 7 -04 -2015 el Comité de huelga se dirigió a la empresa demandada comunicándole: Lamentablemente no hemos recibido una citación por su parte al objeto de sentarnos para hablar del motivo de nuestra Huelga ni de las posibilidades de negociar de buena fe, tal como les obliga la legislación vigente. Nuevamente les requerimos para que nos citen, a la mayor brevedad posible, al objeto de llevar a cabo esa negociación de buena fe respecto a los puntos a tratar y que se reflejan en la Convocatoria de la Huelga, anunciándoles que en caso de no hacerlo tomaremos las medidas legales a las que tengamos acceso por impedir un derecho constitucional del Capítulo I de los Derechos Fundamentales de las personas. (Descriptor 25).- En fecha 10 de abril de 2015 la empresa demandada remitió escrito al Comité de huelga del siguiente tenor literal: "... Me refiero a su comunicación de fecha 7 de abril en relación con la convocatoria de huelga que su organización sindical tiene convocada desde el pasado sábado 28 de marzo en las "Contratas, Subcontratas y Autónomos que trabajan para Telefónica (Movistar) como técnicos en la CCAA de Madrid", en la que manifiestan no haber recibido citación por nuestra parte.- A este respecto, les reitero lo ya dicho en nuestro escrito remitido el 24 de marzo en cuanto que no ha lugar a la petición de citación en los términos que ustedes demandan por no concurrir los motivos legales necesarios para ello." (Descriptor 6).- El 10-4- 2015, el Comité de la Huelga remitió escrito a telefónica en relación a la huelga que se viene realizando, por parte de las contratas y subcontratas, que realizan su actividad para Telefónica MoviStar, comunicando lo siguiente: "Nos hemos dirigido en reiteradas ocasiones a a Uds., sin obtener hasta la fecha respuesta por su parte, demostrando de esta manera una prepotencia y falta de respeto, que no se corresponde.- Somos trabajadores de Telefónica MoviStar y como tales nos presentamos Identificamos mediante nuestra tarjeta ante los clientes y hacemos nuestro trabajo en los centros de la empresa, aunque estemos repartidos en contratas, subcontratas, subcontratadas de las subcontratas o trabajadores autónomos.- Por tanto, de la misma forma que nosotros realizamos nuestro trabajo de la mejor manera posible y con profesionalidad, al objeto de que los clientes estén satisfechos del servicio prestado y mantener el prestigio de Telefónica MoviStar, a Uds. les corresponde velar por nuestros derechos y nuestras

condiciones laborales, salariales y sociales y de Salud Laboral.- Es por ello por lo que realizamos esta Huelga y si quieren mayor precisión sobre nuestras reivindicaciones se las exponemos a continuación: 1. Derogación del Contrato de Bucle 201 512018.- 2. Pase a la plantilla de las contratas, de los trabajadores de la cadena de Subcontratas.- 3. que telefónica exija que todo el personal que presta servicios para ella tenga unas condiciones laborales, salariales, sociales y de Salud Laboral mínimas propiciando una regularización del sector en la que se incluyan contratas, subcontratas y trabajadores autónomos.- 4. Compromiso de que no habrá represalias para cualquier trabajador participante la huelga.- 5. Compromiso de cumplimiento y respeto del acuerdo durante al menos tres años.- El 16 de abril la empresa le respondió comunicándole que mediante escrito de 24 de marzo y 10 de abril les contestamos que no había lugar a las peticiones que planteaban. Como ustedes ya conocen no concurren los requisitos legales para nuestra intervención y en todo caso, ya han sido advertidos de defectos de legalidad en la convocatoria. (Descriptores 26 y 27).- El 17 de abril AST respondió al comunicado de la empresa (descriptores 28 que se da por reproducido).- El 23 de abril y el 25 de mayo el sindicato se dirigió a la empresa en los siguientes términos: Los trabajadores y trabajadoras de todo el estado de las contratas, subcontratas y autónomos, que realizan su actividad como técnicos para Telefónica-Movistar, reunidos en Madrid, exigen a esa Dirección responsable de la situación que estamos viviendo, la inmediata convocatoria de una reunión con el Comité de Huelga, para negociar de buena fe nuestras condiciones laborales, salariales, sociales y de salud laboral. (Descriptores 29 y 30).- 9º.- El sindicato AST presentó denuncia ante la inspección de trabajo poniendo en su conocimiento los siguientes hechos: El pasado día 13 de Abril de 2015, la organización a la que represento comunicó a esa Inspección de Trabajo de la CC.AA de Madrid, una serie de hechos y de empresas que, según esta parte, estaban Vulnerando el Derecho Constitucional de Huelga y que tuvo entrada en esa Inspección.- Desde dicha fecha y hasta el día de hoy, se han producido nuevas actuaciones de las empresas que a continuación relacionamos, por los motivos que alegamos.- El día 17 de Abril de 2015, procedimos a ampliar la denuncia a nuevas contratas y a varias subcontratas y en todos los caos por vulneración del derecho de huelga al poner a trabajar a personal, que no trabaja en esa zona, a realizar labores en la zona donde los trabajadores están de huelga.- Nuevamente tenemos que insistir y ampliar las anteriores denuncias a:

Telefónica-MoviStar en las personas de D. Bernarda y de D. Felicísimo en calidad de Directores de Relaciones Laborales y a D. Iván Jefe de Telefónica en Toledo el cual envió a trabajar a dos trabajadores desde Toledo a Parla (Madrid) los cuales se encontraban reparando averías en la Avenida de las Américas.- Por todo ello, SOLICITAMOS a esa Inspección de Trabajo de la Comunidad de Madrid que considere el presente escrito como SEGUNDA AMPLIACIÓN de la denuncia anteriormente relatada del 13 de Abril y que a la mayor brevedad posible convoque a las partes a una reunión donde poder debatir UNA HUELGA QUE LLEVA YA 51 DÍAS de desarrollo normalizado y civilizado por parte de los trabajadores/as que masivamente están participando en la misma, sin que nadie de Telefónica MoviStar asuma sus responsabilidades y con una actividad frenética de las subcontratas para que se pongan a trabajar sus trabajadores donde y como sea. (Descriptor 7).- 10º.- El 13 de abril de 2015, se presenta escrito ante la inspección de trabajo en los siguientes términos: Los trabajadores de las Contratas, Subcontratas y Autónomos dependientes de la Comunidad reunidos en Asamblea, queremos hacer llegar a esa Jefatura de Inspección de Trabajo de Madrid lo siguiente: Desde el 28 de Marzo de 2015, es decir hace ya más de 50 días, venimos realizando una Huelga Indefinida contra Telefónica MoviStar. Por las condiciones de esclavitud a las que nos tiene sometidos.- Nos hemos dirigido a esa Inspección desde el día 13 de Abril y hasta la fecha en reiteradas ocasiones poniendo de manifiesto distintas ilegalidades y hasta delitos que se están cometiendo en nuestro sector por parte de Telefónica, las Contratas y las Subcontratas.- El día 4 de Mayo hemos dirigido un escrito a esa Jefatura de Inspección solicitando una mediación URGENTE de la misma en la Huelga ya que Telefónica ni siquiera ha tenido a bien reunirse con el Comité de Huelga, tal y como le obliga la Ley.- A fecha de hoy, y transcurrido un tiempo más que prudencial, no hemos obtenido respuesta alguna por su parte.- Y por todo ello. SOLICITAMOS a esa Inspección de Trabajo de la Comunidad de Madrid que actúe inmediatamente de la forma que considere pero que de alguna forme ponga coto a esta absoluta injusticia que tiene a nuestros hogares empobrecidos y a nuestra familias acudiendo a los Bancos de Alimentos. (Descriptor 8).- 11º.- El 22 de mayo de 2015 la Inspección de Trabajo emitió informe con las siguientes conclusiones: Si como se infiere de su escrito de denuncia las empresas afectadas no están negociando de buena fe para la resolución del conflicto, entendiendo por su parte que ello puede

afectar al ejercicio del derecho de huelga, o que algunas de ellas, a través de sus directivos, utilizando el engaño, ejerciendo coacciones o amenazas, están impidiendo o limitando el ejercicio legítimo del mismo, incurriendo en una presunta infracción penal, tipificada como tal en el artículo 315 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal , deberán iniciar las acciones jurídicas pertinentes, bien a través del procedimiento previsto en los artículos 177 siguientes Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social , sobre la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas o interponiendo la correspondiente denuncia ante el Ministerio fiscal o una querella ante el juzgado competente.- Por todo lo expuesto, se considera que esta ITSS, carece de competencias para actuar sobre los hechos denunciados por ustedes, debiendo limitar su actuación a investigar los supuestos de sustitución de trabajadores, o esquirolaje, en los términos prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico, o a realizar funciones de mediación, siempre y cuando se cumplan los requisitos contenidos en la Ley. (Descriptor 9).- 12º.- El 16 de junio de 2015 el sindicato demandante comunicó a la Dirección General de Trabajo que en relación con las convocatorias de huelga y a pesar de los graves motivos por los que se convocaban las mismas, la empresa Telefónica de España SAU (MoviStar) se ha venido negando reiteradamente a sentarse con el Comité de Huelga, conculcando de esta manera el Art. 8.2 de la Ley 7177 que obliga al empresario y al Comité de Huelga a sentarse a negociar de buena fe sobre los motivos de la huelga.- Después de tres meses de Huelga, de solicitar la mediación a la Autoridad Laboral y de todo tipo de solicitudes a la empresa para negociar, esta se ha negado sistemáticamente a reconocer ilegitimidad de los convocantes.- La Asamblea de Trabajadores ha decidido SUSPENDER LA HUELGA a partir del día 20 de junio de 2015, para presentar demanda de Vulneración de Derechos Fundamentales ante la Audiencia Nacional. (Descriptor 10).- 13º.- El 19 de junio de 2015 el sindicato demandante comunicó a la empresa lo siguiente: Como consecuencia de su pertinaz y hasta obsesiva actitud de ignorar al Comité de Huelga de los Técnicos e Instaladores que realizan su actividad diaria de manera única y exclusiva para la empresa que Uds. dirigen y después de llevar 87 días de huelga en Madrid y 77 días en todo el estado, los trabajadores/as reunidos en Asamblea han decidido llevar el tema a los órganos Judiciales para que sean ellos los que se pronuncien sobre su actitud que entendemos vulneradora de los más elementales derechos constitucionales al no querer escuchar



siquiera los motivos del Conflicto Colectivo que sin duda habrá repercutido de manera muy negativa hacia su empresa, los clientes y abonados e igualmente hacia nuestros muy mermados bolsillos, después de tantos días sin percibir salario alguno.- Son Uds. y únicamente ustedes los responsables directos de cuantos factores negativos está conllevando este Conflicto y es a Uds. a quien corresponde la supervisión de nuestros trabajos y nuestras condiciones laborales, aunque figuremos en nómina de otras empresas que nos son ajenas y que lo único que hacen es intermediar entre Uds. y los Técnicos e Instaladores, siendo nosotros la cara expuesta de Telefónica MoviStar ante sus clientes y abonados.- En todo caso y como Uds. saben, el hecho de pedir un pronunciamiento en los órganos judiciales, nos obliga legalmente a SUSPENDER LA HUELGA, desde el próximo lunes día 22 de Junio, tal como le hemos informado a la Autoridad Laboral.- Sea como fuere, nosotros mantenemos nuestra oferta de dialogo de buena fe con Uds. y lo único que les pedimos es un mínimo de responsabilidad hacia nuestro Sector y hacia los trabajadores/as que para Uds. realizamos nuestro trabajo. En caso de estar dispuestos a llevar a cabo ese dialogo, nosotros seguiremos dispuestos y a la espera. En caso contrario, seguiremos luchando y en cuanto veamos la posibilidad levantaremos dicha suspensión, volviendo a la Huelga en demanda de nuestros elementales derechos laborales que ya les hemos indicado en cuantos anteriores escritos les hemos enviado. (Descriptor 11).- 14º.- Otros sindicatos, con posterioridad convocan huelgas en el sector: el día 14 de abril, los sindicatos Cobas y CGT convocan huelga estatal indefinida de los técnicos instaladores de telefónica, los primeros contra telefónica y las contratas y los segundos contra las contratas.- CC.OO.y UGT convocan huelgas para el mes de mayo que no se llegan a realizar puesto que el día 5 de mayo suscribieron un pacto de desconvocatoria de huelga con la representación empresarial compuesta por Confemetal, Ademi, y representantes de cada una de las empresas del sector (Teleco,Comfica, Monteinor, Elecnor, Liteyca, Cobra, Dominion, Itele, Abentel, y Cotronic).- En el pacto se acordó, entre otras cuestiones, que las condiciones de trabajo que serán de aplicación en todo el subsector de la telefonía serán las recogidas en los diferentes convenios colectivos provinciales de la industria del metal. (Se da por reproducido el contenido del referido pacto que obra unido al descriptor 54).- 15º.- Los sindicatos convocaron una huelga en Telefónica SAU, para el 2 de junio, habiendo tenido lugar diversas reuniones entre la empresa y el Comité de huelga con motivo de la

referida convocatoria (descriptor 56).- 16º.- En relación a la subcontratación en el sector de las empresas que prestan servicios para Telefónica de España SAU la empresa llegó a un acuerdo con UGT y CC.OO., comprometiéndose a adecuar las relaciones contractuales con las contratas para el cumplimiento de los acuerdos que se alcancen., descriptor 42, cuyo contenido, obrando en autos se da por reproducido.- Se han cumplido las previsiones legales>>.

CUARTO.- Por la representación de Alternativa Sindical de Trabajadores (AST), se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formulan los siguientes motivos: 1º) Al amparo del art. 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , apartado c), quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión de la parte. 2º) Al amparo del art. 207 de la LRJS , apartado e) Infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción de apartado 4 del art. 177 LRJS , en relación con el art. 8.2 RDL 17/1977 e infracción del art. 7 del Código Civil y de la doctrina de los actos propios.

QUINTO.- Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 11 de enero de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- Se plantea en el presente recurso de casación y en el marco limitado de la pretensión de tutela del derecho de huelga, y vinculado con él el de libertad sindical, formulada por el sindicato AST contra Telefónica de España S.A., si ésta empresa vulnera ese derecho fundamental cuando los trabajadores en huelga no pertenecen a su platilla, sino a la de diferentes empresas que subcontratan con aquélla la actividad de provisión de servicios finales de telecomunicaciones, y si en esa situación cabe exigir el cumplimiento por parte de esa empresa de los deberes de negociación que impone en situaciones de huelga el artículo 8.2 del RDL 17/1977 .

En la demanda que dio origen al presente procedimiento, por el sindicato demandante AST se pedía a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional una sentencia en la que se declarase que la única empresa demandada, Telefónica de España S.A. había vulnerado el derecho a la huelga y el derecho a la libertad sindical del sindicato actor, y se obligase a la demandada en consecuencia a reunirse y negociar de buena fe una solución que ponga fin al Conflicto Laboral existente y se condenase a la empresa demandada a estar y pasar por dicha obligación, así como al pago de la cantidad de 4.000 euros en concepto de daños y perjuicios.

La sentencia recurrida en casación desestimó la demanda después de analizar pormenorizadamente en los hechos probados -cuya modificación ahora no se pretende-y transcritos en otra parte de esta resolución la situación jurídica existente entre la empresa Telefónica y las diez empresas que con ella suscribieron el denominado "contrato bucle" --COBRA, COMFICA, ELECNOR, LITEYCA, ABENTEL, COTRONIC, ITETE, DOMINION, TELECO y MONTELNOR-contrato mercantil que estuvo vigente en el periodo 2012-2015, y el problema surgido cuando se pretendió la firma de un nuevo contrato bucle para los años 2015-2018, en condiciones modificadas que resultaron inasumibles para los trabajadores de las contratas y de las subcontratas del servicio antes referido de provisión de servicios finales de telecomunicaciones, lo que motivó, tal y como se describe en el hecho probado quinto, que AST convocara una huelga inicialmente para el 18 de marzo de 2015 en Madrid y posteriormente para todo el Estado, a celebrar el 28 de marzo en Madrid y el 7 de abril en todo el territorio, huelga que fue comunicada a la Autoridad Laboral, a la patronal del Sector del Metal y a la empresa Telefónica de España S.A.

2.- Para la sentencia recurrida la pretensión actora construida dentro del proceso de tutela de los derechos fundamentales -huelga y libertad sindical- había de referirse exclusivamente al régimen jurídico previsto en los arts. 177 a 184 LRJS , y en virtud del principio de cognición limitada, contraerse al análisis de la pretendida vulneración de tales derechos, y no las que pudiesen referirse a infracciones de mera legalidad ordinaria.

De esta forma y con cita literal de los arts. 3, 5, 7 y 8.2 del RDL 17/1977 se concluye que la única empresa demandada -Telefónica-- carecía de legitimación pasiva

y debía ser absuelta de las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos contenidos en el final del fundamento de derecho tercero y a lo largo del cuarto: " ... en el supuesto enjuiciado carece de fundamentación la pretensión ejercitada, al tratarse de una huelga ajena a los trabajadores de Telefónica. De ahí que la empresa no esté obligada a negociar para llegar a un acuerdo para poner fin a la huelga, debiendo por ello asimismo ser apreciada a la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el letrado de la empresa demandada puesto que la empresa no podía llegar a acuerdos sobre relaciones laborales de trabajadores que pertenecían a otras empresas.

El sindicato actor no ha acreditado indicios sólidos de vulneración de su derecho de huelga fundamentado, según la demanda, en el incumplimiento de la empresa de su obligación de reunirse y negociar de buena fe con el Comité de huelga para tratar las reivindicaciones de los trabajadores pues como venimos diciendo reiteradamente, no puede entenderse que la empresa estuviera obligada en los términos del artículo 8.2 del RDL 17/1997 a mantener reuniones con el Comité de huelga, pues no podía negociar ni llegar a un acuerdo sobre las reivindicaciones de trabajadores pertenecientes a otras empresas, sin que hayan sido ni siquiera convocadas las empresas contratadas y subcontratadas a las que pertenecían los trabajadores en huelga.

Por ello, el hecho de no reunirse la empresa con el Comité de huelga, a pesar de los numerosos requerimientos efectuados durante la misma, no puede ser tachado de antijurídico ni puede entenderse que este comportamiento vulnere derecho alguno, lo que conlleva que la demanda origen de estos autos no pueda ser estimada".

SEGUNDO.- El recurso de casación que ahora se formula por el demandante frente a esa sentencia se construye sobre dos motivos. El primero de ellos y al amparo de lo previsto en el artículo 207 c) LRJS denuncia la infracción del artículo 97.2 LRJS , por entender que la sentencia resulta incongruente al comparar el contenido de los hechos probados y los razonamientos que condujeron a la desestimación de la demanda. Llama la atención en el recurso que, en primer lugar, en ningún momento se solicita la nulidad de la sentencia recurrida, y en segundo término que no hay tampoco denuncia de vulneración de derecho alguno vinculado con la tutela judicial efectiva ( art. 24 CE ). Realmente lo que parece desprenderse de ese primer motivo es una alegación compleja referida a una eventual incongruencia interna de la sentencia, por incompatibilidad o

ausencia de coherencia dialéctica entre los hechos probados y los fundamentos de derecho de la misma. Pero como vamos a razonar ahora, nada de ello ha ocurrido en el caso y existe una perfecta coordinación y lógica argumental entre aquellos hechos y las consecuencias jurídicas que de lo mismos extrae la sentencia recurrida.

Se afirma que el fundamento de derecho cuarto -que antes hemos transcrito parcialmente-- se opone en su conclusión deductiva que sirve de base a la desestimación de la demanda al contenido de los hechos probados segundo, tercero, cuarto y sexto, y finalmente el quinto y séptimo. Pero basta con efectuar una lectura completa de la sentencia para afirmar que nada de ello ha ocurrido.

En esos dieciséis hechos probados se describe la manera en la que Telefónica contrataba con otras empresas -diez-- la actividad de provisión de servicios finales de telecomunicaciones mediante los denominados "contratos bucle", se relata la manera en la que se convocó por AST y se llevó a cabo la huelga de los trabajadores de las contratas y subcontratas --en ningún caso de Telefónica-- , las numerosas comunicaciones que AST dirigió a Telefónica para que concurriese a la mesa de negociación de la huelga y las distintas respuestas que Telefónica ofreció, sin admitir en ningún caso que tuviese obligación alguna de hacerlo, por cuanto que la huelga no tenía como titulares subjetivos a sus trabajadores, y la realidad de que el objeto principal de la huelga era la de presionar a Telefónica para que retirase el "contrato bucle" y negociara en un nuevo contrato otras condiciones más favorables para aquéllos que llevaban a cabo su actividad en las empresas contratadas o subcontratadas.

Precisamente en coherencia con esos hechos probados la sentencia recurrida entiende que se halla fuera del proceso de tutela cualquier pretensión referida a las condiciones de trabajo de los huelguistas, en relación con eventuales tarifas o baremos contenidos en los contratos mercantiles propuestos a las empresas contratistas, para concluir que tratándose de una huelga de los trabajadores de éstas y de las empresas subcontratadas, no existía obligación alguna por parte de Telefónica para concurrir a la negociación con el comité de huelga en la que no era de sus empleados, y en la que no cabía que llegase a ningún acuerdo amparado en el artículo 8 del RDL 17/1977 ni en ningún otro precepto para finalizar la huelga.

En consecuencia, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, el motivo ha de ser desestimado porque, como se ha razonado, la sentencia no incurrió en la infracción que se denuncia.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso, construido desde el artículo 207 e) LRJS se denuncia la infracción del artículo 177 LRJS , en relación con el art. 8.2 del RDL 17/1977 . Realmente la denuncia se refiere esencialmente al número 4 del art. 177 LRJS , en el que se dice lo siguiente:

"4. La víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare ...".

Pretende el sindicato recurrente en su interpretación extraer del precepto transcrito la conclusión de que en el proceso de tutela de derechos fundamentales resulta opcional para el demandante que considere vulnerado su derecho fundamental o libertad pública, llamar o no al proceso al sujeto que se considere responsable o causante directo de la lesión, lo que en este caso, en el que se achaca exclusivamente a Telefónica esa vulneración del derecho de huelga, el demandante ha llevado a cabo una opción legalmente autorizada de no llamar al proceso al empresario o empresarios de los trabajadores huelguistas y hacerlo solo a quien -en las pretensiones de la demanda-se considera responsable de la vulneración. Pero en absoluto cabe acoger tan singular argumentación.

En primer lugar porque el precepto recoge esa posibilidad de demandar o no al causante directo de la lesión "necesariamente con el empresario", de lo que se infiere sin duda que el titular de la relación laboral habrá de estar siempre presente en el proceso;

además en este supuesto sería absolutamente exigible esa presencia tal y como se desprende de la excepción que contempla el precepto, porque se pretende en el caso la condena de quien se afirma es causante de la lesión del derecho. Y en segundo término porque la norma contempla fundamentalmente un mecanismo de protección de la víctima de la situación, principalmente de acoso, de forma que no se vea obligada a demandar a causante directo de esa lesión, como se deduce además del último inciso del número 4 del art. 177, en el que se contienen previsiones especiales de protección en estos supuestos, cuando se trata de la práctica de la prueba testifical de la víctima.

Admite el recurrente que Telefónica no es la empleadora de los huelguistas, pero sostiene su derecho a que resulte condenada como responsable de la vulneración del derecho de huelga, y también de la inexigibilidad de llamar al proceso a las diez empresas contratistas y a los subcontratistas que sí son los empresarios de aquéllos. Sin embargo, tal y como acertadamente sostiene la sentencia recurrida, el derecho de huelga se configura en el artículo 28 CE como un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli* aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos, tal y como se afirma en STC 11/1981 . Además dentro del contenido esencial de ese derecho se halla la capacidad del trabajador frente al empresario de suspender la obligación de trabajar y la correlativa obligación de éste de no llevar a cabo acciones que vacíen de contenido ese espacio esencial del derecho, el que lo hace reconocible como tal.

De esta forma, toda la regulación del derecho de huelga parte de la necesaria existencia de trabajadores que ejercitan ese derecho subjetivo aunque de manera colectiva frente a un empresario, tal y como se desprende con claridad de los artículos 3 , 5 , 7 y 8 del RDL 17/1977 , de manera que si, como ocurre en el presente caso, esa vinculación entre la huelga convocada y llevada a cabo por los trabajadores de las empresas contratadas y subcontratadas por Telefónica en virtud de la ejecución de los denominados "contratos bucle" para la ejecución de servicios finales de telecomunicaciones, no existió, no cabe que se le exija que adopte una posición que resultaría ilegítima en la estructura del desarrollo del derecho de huelga, y particularmente en el artículo 8.2 del RDL 17/1977 que el recurrente denuncia como infringido por la sentencia recurrida.

En dicha norma se dice que "Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el Comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos Comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo". De lo que hemos razonado hasta ahora se desprende entonces que Telefónica en modo alguno tenía la condición de empresario afectado porque no era sujeto del derecho correlativo de los trabajadores a llevar a cabo la huelga, por lo que tampoco tenía capacidad ni por ello obligación de concurrir a la negociación con el comité de huelga para buscar soluciones al conflicto y poner término a la huelga.

Debemos decir que el problema que resolvemos en el presente recurso no se refiere a la vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa principal en situaciones de huelga de los trabajadores de un grupo de empresas, de contratas o subcontratas, como sucedió en nuestra STS de 11/02/2015 (rec. 95/2014) , en la que se analizaba la vulneración del artículo 6.5 del RDL 17/1977 en relación con la sustitución de trabajadores en huelga -esquirolaje interno-en un grupo de empresas conectadas entre sí por muy especiales vínculos que incidían en la actividad laboral de los huelguistas y el ciclo productivo al que estaban adscritos.

CUARTO.- Por otra parte, afirma el recurrente que la empresa demandada ha llevado a cabo actos de negociación en situaciones referidas al mismo conflicto, con un comité de huelga y con otras representaciones sindicales, de lo que ha de extraerse la existencia de actos propios contrarios a la negativa de negociar en el caso de la huelga que motivó la demanda y esa afirmación la extrae de los hechos probados decimocuarto y decimosexto. Sin embargo ha de discreparse de tal aserto.

°El hecho probado decimocuarto dice que " Otros sindicatos, con posterioridad convocan huelgas en el sector: el día 14 de abril, los sindicatos Cobas y CGT convocan huelga estatal indefinida de los técnicos instaladores de telefónica, los primeros contra telefónica y las contratas y los segundos contra las contratas.



CC.OO.y UGT convocan huelgas para el mes de mayo que no se llegan a realizar puesto que el día 5 de mayo suscribieron un pacto de desconvocatoria de huelga con la representación empresarial compuesta por Confemetal, Ademi, y representantes de cada una de las empresas del sector (Teleco,Comfica, Monteinor, Elecnor, Liteyca, Cobra, Dominion, Itele, Abentel, y Cotronic).

En el pacto se acordó, entre otras cuestiones, que las condiciones de trabajo que serán de aplicación en todo el subsector de la telefonía serán las recogidas en los diferentes convenios colectivos provinciales de la industria del metal. (Se da por reproducido el contenido del referido pacto que obra unido al descriptor 54)".

Tal y como con acierto razona la sentencia recurrida, el objeto de esa acuerdo era una huelga diferente, acordada por otros sindicatos y con otras empresas, entre las que desde luego no estaba la hoy demandada porque en esa situación tenía la condición de tercero que no podría llegar a ningún acuerdo válido para la terminación de la huelga.

Y en el hecho probado decimosexto se dice que " En relación a la subcontratación en el sector de las empresas que prestan servicios para Telefónica de España SAU la empresa llegó a un acuerdo con UGT y CC.OO., comprometiéndose a adecuar las relaciones contractuales con las contratas para el cumplimiento de los acuerdos que se alcancen". Nada se dice sobre la posición negociadora voluntaria adoptada por la empresa Telefónica en relación con una situación de huelga, puesto que, al margen de no resultar legalmente posible, tal y como se ha razonado, de ese documento solo se desprende una voluntad adecuar las relaciones contractuales con las empresas contratistas para incorporar los pactos que se pudiesen alcanzar, lo cual en absoluto incide en la cuestión que se suscita en el presente procedimiento ni altera en nada cuanto hasta ahora se ha razonado sobre la ausencia de la condición de empresario de Telefónica en el desarrollo de la huelga convocada y llevada a cabo desde el 28 de marzo al 20 de junio de 2015. Razones por las que ha de afirmarse que la sentencia recurrida no cometió infracción alguna de las que se denuncian en el segundo motivo del recurso, que deberá también ser desestimado.

QUINTO.- De todo lo razonado hasta ahora cabe desprender que, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, el recurso ha de ser desestimado en su

integridad, confirmándose la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235 LRJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la letrada D<sup>a</sup>. Elena García García, en nombre y representación de Alternativa Sindical de Trabajadores (AST). 2) Confirmar la sentencia de fecha 28 de octubre de 2015, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en el procedimiento número 223/2015, seguido a instancia del recurrente, contra Telefónica de España SAU y Ministerio Fiscal, sobre Tutela Derechos Fundamentales. 3) No ha lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## **5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 8 de abril de 2014 el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: « 1º .- La empresa TCSA es la concesionaria de la explotación de 37 líneas de servicio público regular de transporte por carretera Bizkaibus en las márgenes izquierda y derecha de la ría, zona del Alto Nervión, entre Bilbao y Getxo, Erandio y Leioa con la Universidad del País Vasco. 2º.- Por parte del comité de empresa de TRANSPORTES COLECTIVOS SA reunido en Pleno ordinario celebrado el día 20/3/2013 por acuerdo decide declarar huelga para los días 22, 25, y 29 de abril de 2013, y 2, 6, 7, 9, 13, 14,

16, 20, 21, 23, 27, 28 y 30 de mayo de 2013 en los términos que se indicaban en el acuerdo citado que se da por transcrito con motivo de la falta de acuerdos en la mesa negociadora. 3º.- Dicha convocatoria de huelga afectaba a todo el personal de la empresa. 4º.- Presentado dicho acuerdo ante el Departamento de Asuntos Sociales con fecha 4/4/2013, con fecha 17/4/2013 se emite Orden por parte del Consejero de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno Vasco por el que se establece el mantenimiento de los servicios esenciales a la Comunidad que han de prestarse durante la huelga, con el contenido que se da por transcrito. 5º.- Por parte de la Diputación Foral de Bizkaia, de la que la empresa TCSA es concesionaria del servicio, se remite a la empresa propuesta estableciendo las directrices para la concreción de las expediciones a realizar durante los días de huelga, en las 37 líneas existentes, en función de los criterios de priorización indicados en la Orden de Servicios Mínimos. 6º.- Por parte de la empresa se procede a establecer tales servicios, de manera que se fija un número de expediciones no superiores al 30% de las ordinarias. Se mantiene el 100% del servicio de autobuses cubiertos por las líneas 2314, 2318, (cubren el servicio Bilbao/UPV) la 3247 (Bilbao/Aeropuerto), y la 3250 (Bilbao/Parque tecnológico de Zamudio). Todas estas líneas cubren servicios no cubiertos por otro medio de transporte público alternativo. 7º.- Como consecuencia de tal asignación se suprimieron los servicios de algunas líneas con destino Bilbao/población de margen izquierda (Santurce, Sestao, Barakaldo) en donde se localizan centros hospitalarios, a los que podría accederse, si bien con mayor incomodidad, realizando transbordos en otras líneas de TCSA o utilizando otros medios de transporte público alternativo (Metro, Euskaltren, Bilbobus).»

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Desestimo la demanda interpuesta por la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA contra la empresa TRANSPORTES COLECTIVOS SA siendo partes interesadas SINDICATO SIC, SINDICATO INDEPENDIENTE, SINDICATO ELA, SINDICATO CCOO, SINDICATO USO, SINDICATO UGT, SINDICATO LAB, Narciso, Natividad, Carlos Alberto, Balbino, Félix, Matías, José Ignacio, Anibal, Eusebio, Luciano, Víctor, Bernarda, COMITE DE EMPRESA y el MINISTERIO FISCAL, sobre tutela de derechos fundamentales, declarando la inexistencia de la vulneración denunciada

absuelvo a la empresa de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento.»

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 7 de octubre de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimamos parcialmente el recurso de suplicación formulado por la Confederación Sindical ELA, contra la sentencia del Juzgado de lo social nº 7 de Bilbao, de 8 de abril de 2014 , dictada en el procedimiento 1292/2013; la cual debemos también revocar parcialmente y declaramos que la interpretación que efectúa la empresa Transportes Colectivos SA de la Orden de 17 de abril de 2013, infringe, entre otros derechos constitucionales, el de huelga de los trabajadores a su servicio, por lo cual tiene que ser condenada a estar y pasar por esa declaración. Sin costas.»

TERCERO.- Por la representación de Transportes Colectivos SA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 19 de diciembre de 2014.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la parte recurrente propone, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 8 de febrero de 2000 (rollo 5/2000).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 9 de julio de 2015 se admitió a trámite el presente recurso; dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurrida para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estima en parte el recurso de suplicación del sindicato demandante y declara que la empresa demandada vulneró el derecho de huelga en los términos antes transcritos.

Frente a la sentencia de suplicación, se alza la empresa en casación para unificación de doctrina invocando el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores (ET ).

2. Como hemos señalado, en apoyo de la necesidad de unificación doctrinal, la recurrente aporta la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 8 febrero 2000 (rollo 5/2000).

3. Para el análisis del esencial requisito de la contradicción exigido por el art. 219.1 LRJS resulta necesario recordar que el núcleo de la presente controversia se halla en determinar si la empresa vulneró el derecho de huelga de los trabajadores al establecer unos servicios mínimos que en la práctica superaban lo establecido en la resolución administrativa sobre servicios esenciales y podían haber dejado sin contenido dicho derecho.

La autoridad laboral estableció unos servicios mínimos del 30% de los servicios ordinarios. Tal y como se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, mediante reproducción literal a la que la Sala de suplicación da valor de hecho probado, la Orden priorizaba "aquellas líneas que carezcan de servicio de transporte alternativo o que tengan por destino centros sanitarios, sin que ello suponga, obviamente, prestar mayor número de servicios que los habituales", y añadía: "Asimismo, habrán de atenderse especialmente los horarios de entrada y salida a los centros de trabajo. En el caso de tratarse de líneas sin transporte alternativo que durante el horario de huelga solo cuenten con un servicio, éste, lógicamente, deberá ser prestado. Por otro lado, la actividad principal del transporte de viajeros precisa para su adecuado desarrollo de otras actividades auxiliares, estimándose que de entre éstas únicamente es preciso mantener durante la presente huelga el Servicio de Ayuda a la Explotación (S.A.e.)".

Se discute si el porcentaje se ha establecía en cómputo global y la empresa podía distribuir tal porcentaje entre sus expediciones.

Mientras que la Sra. Magistrada de instancia señalaba que la orden no fijaba un porcentaje de servicios mínimos equivalente al 30% de cada una de las líneas, la sentencia recurrida considera que el que la distribución que efectivamente llevó a cabo la empresa supusiera mantener el 100% de algunas líneas y, por el contrario, suprimir el servicio en otras, supuso dejar de dar visibilidad a la huelga en algunas de esas líneas de forma injustificada. La Sala de suplicación analiza la concreta distribución de los servicios mínimos y concluye que carecía de razonabilidad y, por ende, constituía una actuación que vaciaba de contenido el derecho de huelga.

4. La sentencia de contraste aborda un conflicto relativo al derecho de huelga que, en aquel caso, afectaba al personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas SA en el aeropuerto de Palma de Mallorca. La autoridad gubernativa estableció como servicios mínimos la ocupación del 75'06% y 75'16% del personal programado de 329 y 257 trabajadores para cada uno de los días fijados para la huelga. La ocupación de mínimos lo fue de 247 (75'07%) y de 193 (75'09%) de los trabajadores programados para cada uno de los días.

La sentencia de Baleares razonaba que la Orden Ministerial había calculado la cuota de empleados obligados a trabajar durante la huelga de una manera global, tomando como referencia el conjunto de la plantilla del centro, sin efectuar distinciones, ni especificar que ese porcentaje de trabajadores tuviera que distribuirse por igual entre todas y cada una de las secciones internas en que la empresa se estructuraba. Por ello concluía dicha sentencia que tal Orden había dejado abierto un margen de relativa discrecionalidad a la empresa para que cubriera los puestos de trabajo de las distintas unidades en proporción desigual y de manera que en algunas de ellas el porcentaje de personal llamado superara aquel tope global y fuera inferior, en cambio, en otras.

SEGUNDO.- 1. De la exposición que acabamos de hacer se desprende que, ciertamente, las sentencias comparadas dan respuesta a supuestos que guardan similitud. En ambos casos se trata de la fijación de los servicios esenciales en empresas de transporte de viajeros y en los dos situaciones se produce la discrepancia de la parte social con el modo en que la empresa ha llevado a la práctica la orden gubernativa que fijaba tales servicios mínimos.

Las sentencias llegan a soluciones opuestas, puesto que, mientras la recurrida entiende que la empresa demandada se excedió en la concreción de los servicios y, con ello, lesionó el derecho fundamental de huelga, la sentencia de contraste consideró que no se produjo actuación alguna contraria a los límites de la orden gubernativa.

2. Ahora bien, no hay entre las sentencias contradicción en la determinación del criterio doctrinal por el que se ha de regir la solución a dar en cada caso. Al contrario, ambas sentencias parten del mismo razonamiento teórico.

Si las sentencias sometidas a la comparación llegan a resultado distinto es porque ambas analizan de forma particularizada los términos de la respectiva orden gubernativa por la que se acuerda el establecimiento de servicios mínimos. Ese análisis, necesario para resolver cada supuesto, les lleva a concluir que, si bien en el supuesto de la sentencia recurrida existían determinados condicionantes que priorizaban algunas necesidades esenciales de la comunidad y que, por tanto, obligaban a llevar a cabo una actividad de ponderación en la determinación de los trabajadores a afectar a dichos servicios, tal precisión no se había hecho en el caso resuelto por la sentencia de contraste, en donde se partía de una decisión de la autoridad de carácter global y con parámetros genéricos.

De ahí que la sentencia recurrida haya de hacer una labor mucho más minuciosa y exhaustiva a la hora de valorar la situación fáctica creada los días en que se llevó a cabo la huelga para valorar si los servicios que finalmente fueron puestos en marcha por la empresa se atuvieron o no a las reglas de priorización que la orden señalaba o si, por el contrario, excedieron las mismas. Ese análisis no se suscitaba en el caso de la sentencia referencial, dados los términos genéricos de la orden gubernativa, y por ello no constituye el núcleo de su decisión, ni permite que, en esta alzada, efectuemos la unificación doctrinal pretendida.

3. En suma, como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, no se da la contradicción exigida por el art. 291.1 LRJS .

En consecuencia, el recurso debió ser inadmitido en el trámite procesal previo y debe ahora ser desestimado, lo que comporta la confirmación de la sentencia recurrida.

4. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS procede la imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente, debiendo darse al depósito dado para recurrir el destino legal.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Transportes Colectivos SA, representado y asistido por el letrado D. David Izquierdo de la Guerra contra la sentencia dictada el 7 de octubre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 1766/2014, iniciados en el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, en autos número 1292/2013 seguidos a instancias del Confederación Sindical ELA, contra el ahora recurrente y sindicato SIC, sindicato independiente, sindicato CCOO, sindicato USO, sindicato UGT, sindicato LAB, Narciso, Natividad, Carlos Alberto, Balbino, Félix, Matías, José Ignacio, Anibal, Eusebio, Luciano, Víctor, Bernarda, Comité de Empresa. Con imposición de costas y perdida de los depósitos y consignaciones dados para recurrir a los que se dará el destino legal que corresponda.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## **6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- FES-UGT y COMFIA-CCOO, formularon demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre tutela del derecho a la libertad sindical, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación,



terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare que la actuación de las citadas empresas, sustituyendo a los trabajadores que hicieron huelga, supone una vulneración del derecho de huelga y en consecuencia condene a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración, así como a:

- abonar una indemnización de 25.000 euros para cada uno de los sindicatos demandantes y,

- abonar una indemnización adicional a todos y cada uno de los trabajadores que hicieron huelga cualquiera de los 3 días convocados (8, 27 y 28 de mayo de 2013) en una cantidad equivalente al salario que les fue deducido por cada día que ejercieron su derecho huelga. Subsidiariamente y en el caso de que no fuera estimada ésta última pretensión, que se condene a la empresa a abonar una indemnización adicional a cada uno de los trabajadores que hicieron huelga y fueron sustituidos, cualquiera de los 3 días convocados (8, 27 y 28 de mayo de 2013), en una cantidad equivalente al importe del salario que les fue deducido por cada día que ejercieron su derecho de huelga.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 29 de octubre de 2014, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS: En el procedimiento 230/2014 seguido por demanda de la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (CC.OO) y la Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) contra Liberbank S.A. y Banco Castilla-La Mancha S.A., sobre tutela de derechos fundamentales. Desestimamos la excepción de prescripción y la de defecto en la forma de la demanda y, entrando sobre el fondo, estimamos parcialmente la demanda y en su virtud: Se declara que la actuación de Liberbank S.A. y Banco Castilla-La Mancha S.A., sustituyendo a los trabajadores que hicieron huelga en los términos que constan probados, supone una vulneración del derecho de huelga y se declara la nulidad radical de dicha conducta; Se condena solidariamente a Liberbank S.A. y Banco Castilla-La Mancha S.A. a abonar a

los dos sindicatos demandantes, solidariamente, una indemnización de 5.000 euros. Se desestima la demanda en lo restante".

CUARTO .- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- Liberbank S.A. y Banco Castilla-La Mancha S.A. iniciaron un procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores para la suspensión de contratos de trabajo y reducciones temporales de jornada, al amparo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, finalizando el mismo sin acuerdo el día 8 de mayo de 2013, de manera que la empresa adoptó unilateralmente las medidas objeto del procedimiento de consultas. Contra dichas medidas los sindicatos demandantes convocaron una huelga en todos los centros de trabajo de ambas mercantiles para los días 8, 27 y 28 de mayo de 2013.

SEGUNDO.- El día 20 de mayo de 2013 CC.OO. presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo de Albacete alegando que durante la jornada de huelga del día 8 de mayo de 2013 se habían producido algunas sustituciones de trabajadores en huelga por medidas de movilidad interna dentro de la empresa en varias sucursales de la provincia (descriptor 2). El 11 de febrero de 2014 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Albacete emitió informe señalando que se habían constatado sustituciones de trabajadores en huelga en diversos centros de trabajo de la provincia por los de otros centros de trabajo el indicado día 8 de mayo de 2013, iniciando un procedimiento administrativo sancionador (descriptor 3).

El 7 de junio de 2013 presentó nueva denuncia por hechos similares producidos durante las jornadas de huelga de los días 27 y 28 de mayo de 2013 (descriptor 4). El 11 de febrero de 2014 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Albacete emitió también un segundo informe señalando que se habían constatado sustituciones de trabajadores en huelga en diversos centros de trabajo de la provincia por los de otros centros de trabajo también los días 27 y 28 de mayo de 2013, iniciando procedimiento administrativo sancionador (descriptor 5).

El 21 de junio de 2013 el sindicato CC.OO. presentó denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Toledo alegando que durante las jornadas de huelga de los días 8, 27 y 28 de mayo de 2013 se habían producido algunas

sustituciones de trabajadores en huelga por medidas de movilidad interna dentro de la empresa en varias sucursales de la provincia (descriptor 6). El 19 de noviembre de 2013 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Toledo emitió informe señalando que se habían constatado las sustituciones de trabajadores en huelga en diversos centros de trabajo de la provincia por otros trabajadores del mismo o diferentes centros de trabajo durante dichos días de huelga, extendiendo acta de infracción (descriptor 7).

El 21 de junio de 2013 el sindicato CC.OO. presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Asturias alegando que durante las jornadas de huelga de los días 27 y 28 de mayo de 2013 se habían producido algunas sustituciones de trabajadores en huelga por medidas de movilidad interna dentro de la empresa en varias sucursales del Principado (descriptor 8). El 16 de octubre de 2013 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Asturias emitió informe señalando que se habían constatado las sustituciones de trabajadores en huelga en diversos centros de trabajo del Principado por trabajadores de otros centros de trabajo, extendiendo acta de infracción (descriptor 9).

El 14 de junio de 2013 el sindicato CC.OO. presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona alegando que durante la jornada de huelga del día 28 de mayo de 2013 se había producida la sustitución de trabajadores en huelga por medidas de movilidad interna dentro de la empresa en una sucursal de la provincia (descriptor 10). El 4 de noviembre de 2013 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona emitió informe señalando que se habían constatado la sustitución denunciada y que se había iniciado procedimiento sancionador (descriptor 9).

**TERCERO.-** Con motivo del día de huelga de 8 de mayo de 2013 la empresa sustituyó en la provincia de Albacete a trabajadores huelguistas de varios centros de trabajo por trabajadores de otros centros que no estaban en huelga (descriptor 3). Lo mismo ocurrió los días de huelga de 27 y 28 de mayo de 2013 en la misma provincia de Albacete, resultando que además de sustituir a trabajadores huelguistas por trabajadores que no hacían huelga de otros centros de trabajo, también sustituyó a trabajadores huelguistas por trabajadores del mismo centro de trabajo con categoría profesional diferente (descriptor 5).

El 27 de mayo de 2013 en la oficina urbana 10 de Toledo, como consecuencia de la huelga quedaron únicamente en la oficina sin seguir la huelga la directora de la sucursal y dos becarios, pasando la directora a realizar las funciones de caja, a pesar de que dichas funciones no las realizaba habitualmente, siendo cubiertas ordinariamente por dos trabajadores que ese día estaban siguiendo la huelga. El mismo día en la urbana 5 de Toledo, como consecuencia de la huelga quedaron únicamente en la oficina sin seguir la huelga la directora de la sucursal y una comercial, pasando ambas a realizar las funciones de caja, a pesar de que dichas funciones no las realizaban habitualmente, siendo cubiertas ordinariamente por trabajadores que ese día estaban siguiendo la huelga (estaban en huelga cuatro trabajadores de la oficina). El mismo día en la oficina 33 de Talavera de la Reina hicieron huelga los trabajadores que habitualmente atendían la caja (había ocho trabajadores en huelga), pasando a sustituirles el subdirector de la oficina y un gestor de empresas que ordinariamente no hacen esas tareas, hasta que la empresa mandó otro trabajador no huelguista de otra oficina para atender las mismas (descriptor 7).

Los días 27 y 28 de mayo de 2013 en el Principado de Asturias la empresa sustituyó a los trabajadores huelguistas de los centros de trabajo de Montevil, Carretera Carbonera, Viesques y El Bibio por trabajadores desplazados de otros centros de trabajo (descriptor 9).

Los días 8 y 28 de mayo de 2013 la empresa desplazó a la oficina de la localidad de Gavá (Barcelona) a una trabajadora volante que presta servicios habitualmente en las oficinas de Castelldefels, Viladecans y Gavá, siendo desplazada a esta última esos días expresamente para atender la caja, ante la huelga del trabajador que habitualmente desempeña esa función. Antes de la huelga y durante el año 2013 la trabajadora solamente había prestado servicios en Gavá dos veces para reforzar en caja, los días 15 de enero y 3 de mayo. Con posterioridad a la huelga y hasta la actuación inspectora, el 10 de octubre de 2013, la trabajadora no volvió a prestar servicios en dicha oficina (descriptor 11).

CUARTO.-Tras la adopción unilateral de las medidas al amparo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores , las empresas demandadas mantuvieron una negociación con los sindicatos UGT y CC.OO. y el día 25 de junio de 2013 se formalizó

en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje un acuerdo entre la empresa y las secciones sindicales de CCOO y UGT, mientras que las demás secciones sindicales se opusieron a la suscripción del mismo".

QUINTO .- En el recurso de casación formalizado por Liberbank, S.A. y Banco Castilla La Mancha, S.A., se consignan los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por error en la apreciación de la prueba obrante en autos. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por insuficiencia de hechos probados. TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por infracción del art. 8.1 de la LRJS y jurisprudencia aplicables. CUARTO.- Al amparo del art. 205.e) de la LJS, por infracción del art. 59 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 179.2 de la LRJS . QUINTO.- Al amparo del art. 205.e) de la LJS, por infracción del art. 6.5 del Real Decreto- Ley 17/1997, de 4 de marzo y del art. 28 de la Constitución Española . SEXTO.- Al amparo del art. 205.e) de la LJS, por infracción del art. 15 de LOLS y arts. 182 y 183 LRJS .

SEXTO.- Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que interesa la desestimación del recurso.

SEPTIMO.- En Providencia de fecha 8 de febrero de 2016 se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 15 de marzo de 2016, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por medio de seis motivos recurren conjuntamente las dos empresas demandadas la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda de los sindicatos CCOO y UGT y declaró que la actuación de aquéllas supone una vulneración del derecho de huelga y que, en consecuencia, se declaraba igualmente la nulidad radical de su conducta condenándolas solidariamente a abonar a los sindicatos demandantes una indemnización de 5.000 €.

Con el primer motivo, se denuncia, al amparo del art 207 d) de la LRJS , error en la apreciación de la prueba respecto al hecho tercero de la sentencia impugnada, por

"incluirse como hechos probados hechos basados en prueba no practicada en el acto del juicio sino partiendo de los constatados en informes emitidos por la Inspección donde se manifiesta que inicia procedimiento sancionador", por lo que dicha parte insta la supresión íntegra del referido ordinal fáctico, que según el tercer fundamento de derecho de la sentencia, resulta, en efecto, de los informes de la Inspección de Trabajo (tres, conforme al antecedente quinto), que son documentos que aunque se dice que no se mencionan en la demanda, en realidad resultan señalados de antemano en el hecho sexto de la misma cuando se dice que el sindicato Comfia-CCOO "presentó diversas denuncias ante la Inspección de Trabajo de Barcelona, Albacete, Toledo y Asturias, que dictaron resoluciones por las que se inician procedimientos sancionadores, al haber constatado los inspectores que durante las jornadas de huelga de los días 8, 27 y 28 de mayo la empresa ha sustituido a trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa de otros centros de trabajo. Se adjuntan como documentos números uno a diez tanto las denuncias como las resoluciones". Y así consta en autos donde aparecen del siguiente modo:

- nº 1 denuncia del sindicato en Albacete (acerca del día 8 de mayo)
- nº 2 informe de la Inspección de inicio de procedimiento sancionador en contestación al anterior escrito.
- nº 3 denuncia del sindicato en Albacete (por los días 27 y 28)
- nº 4 informe de la Inspección de inicio de procedimiento sancionador en contestación al anterior escrito.
- nº 5 denuncia sindicato en Toledo (por los días 8, 27 y 28)
- nº 6 informe de la Inspección de inicio de procedimiento sancionador en contestación al anterior escrito.
- nº 7 denuncia del sindicato en Asturias (por los días 27 y 28)
- nº 8 informe de la Inspección de inicio de procedimiento sancionador en contestación al anterior escrito.
- nº 9 denuncia del sindicato de Barcelona (por el día 28)

- nº10 informe de la Inspección de inicio de procedimiento sancionador en contestación al anterior escrito.

Procede añadir, de otro lado, que en el acta del juicio figura, como alegato de la propia parte demandada, y al parecer para sustentar la alegación de prescripción efectuada por la misma, que ésta (la demandada) concretó las fechas de las denuncias efectuadas por la parte actora ante la Inspección de Trabajo, de manera que es evidente que la recurrente tuvo cabal conocimiento de la gestión inspectora incluso antes de demanda, y en todo caso, los conoce desde el principio del procedimiento, y de cualquier modo, en fin, al obrar en autos, son valorables por el órgano jurisdiccional por las razones y con el alcance que se expresan en el primer fundamento de derecho de la sentencia recurrida, que se dan por reproducidos, manifestándose en los mismos, según reconoce expresamente la parte recurrente, que se iniciaba un procedimiento sancionador, sin que nada concreto conste que se haya opuesto en ningún momento al contenido fáctico recogido en ellos, por lo que, como dato/s y no valoración, no puede considerarse que predeterminen el fallo. Por último y como apunta el Mº Fiscal en su informe, este hecho probado viene a completar -o más bien a confirmar- los datos que constan en el hecho segundo, que no ha sido objeto de impugnación, por lo que se mantendría en todo caso lo recogido en ese ordinal precedente, donde se refieren las actuaciones de las Inspecciones de Trabajo de Albacete, Toledo, Asturias y Barcelona y sus respectivos informes, no cabiendo olvidar, en fin, la imparcialidad y objetividad que se presume al órgano administrativo emisor, que lo hacen acreedor, prima facie, a una mayor verosimilitud que algunas pruebas de parte en lo que a los propios hechos se refiere.

El motivo, en consecuencia, no puede prosperar.

SEGUNDO.- El segundo insta la inclusión de un nuevo hecho en el relato de la sentencia recurrida donde se diga que "el seguimiento de la huelga convocada para los días 8 , 27 y 28 de mayo de 2013 en el grupo Liberbank fue de 1996 trabajadores el día 8 de mayo y 1481 y 1418 los días 27 y 28 de mayo de 2013 sobre una plantilla superior a 5000 trabajadores en más de 1100 oficinas", citando en su apoyo la documental de los nº 10 a 12 aportados por dicha parte y consistente en los listados de trabajadores, respecto de lo cual cabe adelantar que los tres constituyen las descripciones 40 a 42 y

que el último (documento nº 12) es trasunto integral del anterior (11), referentes ambos al listado de trabajadores que secundaron la huelga el 27 de mayo, mientras que el primero (10) alude a la huelga del 8 de ese mismo mes, con lo que de antemano faltaría el día 28, sin que, por otra parte quepa dejar a la Sala la contabilidad exacta de cada uno de los datos que se pretende introducir con base en unos listados (los dos primeros) de 64 y 50 hojas respectivamente, tarea que incumbe en exclusiva a la parte proponente de la revisión fáctica en cuestión, todo lo cual basta, de antemano, para rechazar el motivo, a lo que se ha de añadir que se trata de simples listados elaborados por la propia parte demandada sin ninguna otra garantía de exactitud, y que, como prueba documental, ha sido ya valorada por la Sala de instancia, siendo, en fin, oportuno destacar que el hecho propuesto, tal y como se halla redactado, carece de la relevancia necesaria, por cuanto no se niega, en definitiva, que en todo caso existió un número apreciable de trabajadores que secundó la huelga, no constando en dicha propuesta, por otro lado, el detalle acerca de cuántos fueron en cada oficina y sobre qué plantilla de la misma, sin que se haga referencia en todo ello, en fin, a la otra empresa demandada.

Ha de concluirse, por tanto, en el mismo sentido desestimatorio del fundamento precedente.

TERCERO.- En cuanto al tercer motivo, sostiene que se ha producido la infracción del art 8.1 de la LRJS "en relación -se dice- con la incompetencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para conocer de la presunta vulneración del derecho de huelga producido en un número de casos escasos y aisladamente en relación al ámbito de actuación de la empresa, su dimensión y el ámbito de la convocatoria de huelga". Con ello se pretende criticar y negar que haya habido una "política unitaria de la empresa ante la misma convocatoria de huelga", tal y como la Sala de instancia considera que ha existido, sosteniendo, por el contrario dicha parte que se trata de conductas aisladas que afecta a cantidades irrelevantes, a su entender, tanto de oficinas como de trabajadores.

La sentencia recurrida comienza diciendo en su segundo fundamento de derecho que "se ha cuestionado de oficio la Sala su propia competencia en este caso, dando traslado de dicha cuestión a las partes y al Mº Fiscal durante el acto del juicio", es decir, que ninguna de las partes se había planteado dicha cuestión ni albergaba, en principio,



tales dudas, interesando la huelga tanto a diferentes provincias de distintas CCAA (4) como a un número no desdeñable de trabajadores, independientemente de que alcanzasen, o no, la mayoría de la plantilla, no cabiendo dar por sentada la coincidencia o casualidad en las fechas referidas ni de la huelga practicada ni del comportamiento empresarial subsiguiente a la misma, llegando la Sala de instancia a la conclusión afirmativa de su propia competencia, "tras las alegaciones de las partes y muy expresamente de la empresa en el acto del juicio" por concurrir, según aprecia, dos elementos aglutinadores: el hecho de que todas las sustituciones producidas se refieren a la misma convocatoria de huelga y en los mismos días y, sobre todo, "que la propia empresa durante el acto del juicio ha manifestado que las sustituciones se han producido en virtud de una consideración unitaria de la dirección de la empresa en el sentido de que eran lícitas, durante la huelga, determinadas medidas de movilidad como las que se le imputan", siendo esto último lo que, en definitiva, se sostiene en el quinto motivo del recurso y que, sin pretenderlo dicha parte, viene a dar al traste con su ahora formulada excepción de falta de competencia de la Sala. Y puesto que como ha detectado ésta, según dice la resolución recurrida también en ese tercer fundamento de derecho, la misma o semejante forma de proceder (empresarial) se ha repetido en diversos centro de trabajo en provincias diferentes, de ello se infiere que su conclusión es, cuanto menos, razonable al apreciar esa "decisión unitaria y centralizada", que impide considerar que en cada provincia se haya actuado del mismo modo por pura coincidencia en el proceder de los diferentes directores de las sucursales bancarias y que, por tanto, la competencia para conocer de tal conducta debería residenciarse en cada órgano jurisdiccional provincial. Resulta, pues, considerablemente más plausible la tesis de dicha Sala al respecto que la de la parte demandada, lo que determina su rechazo como motivo.

CUARTO.- El cuarto entiende vulnerado el art 59 del ET en relación con el art 179.2 de la LRJS por considerar que la acción ejercitada con la demanda "resulta de todo punto extemporánea" al deber ejercitarse dentro del plazo de un año desde el momento en que pudo ejercitarse, "es decir, en el supuesto que nos ocupa, desde el día en que se produjo la huelga", concluyendo que la denuncia ante la Inspección de Trabajo no afectaba a la obligación de los sindicatos a reaccionar en evitación del instituto prescriptivo "porque ésta(e) no comienza a computarse a partir de la

finalización de las actuaciones de la Inspección sino desde la fecha en que se produjo la huelga".

La sentencia recurrida dedica su tercer fundamento de derecho al examen de esa la cuestión procesal, que trata ampliamente, arguyendo finalmente, en resumen y sustancia, que "dado que la Inspección de trabajo y Seguridad Social se encuentra realizando actuaciones sobre los hechos que de las que puede derivar la reclamación..... no puede hablarse de abandono o dejación del ejercicio del derecho, que es lo que constituiría el fundamento de la prescripción" .

En efecto: como en tantas y tan numerosas ocasiones ha habido oportunidad de manifestar, la excepción prescriptiva afecta y es respuesta al principio de seguridad jurídica y no al de justicia, que, por el contrario, y en principio, se ve debilitado -al menos como valor en abstracto- con su apreciación, por lo que ya de antemano ésta ha de ser restringida, constituyendo un modo de excitar la diligencia de la parte que pretende el ejercicio y reclamación de un derecho de forma que se sancione su inactividad por constituir ésta, per se , un factor de incertidumbre que no puede ser mantenida sin grave daño y quebranto de las relaciones entre las partes e incluso con terceros, condicionando indefinidamente el negocio jurídico y cuantos puedan de futuro traer causa del mismo, de manera que si existe algún recurso o medio de cualquier clase que permita despejar dicha inseguridad y hacer patente la voluntad de reclamar, habrá quedado interrumpida la prescripción, al quedar despejada tal incertidumbre, de ahí que el art 1973 del CC incluya entre los elementos que así operan en el ejercicio de las acciones a la reclamación extrajudicial del acreedor, lo que, en casos como el presente, puede entenderse que incluye a la/s denuncia/s ante la Inspección de los hechos acaecidos, al suponer, en definitiva, una reclamación administrativa -cuyo destinatario último o indirecto es el propio sujeto denunciado-, que, como ya recoge la sentencia recurrida, no puede estar abierta sine die según la normativa que le es de aplicación y que ha de comportar las subsiguientes consecuencias para la empresa denunciada en relación, precisamente, con los mismos hechos que son objeto de ulterior demanda frente a ella ante el órgano jurisdiccional competente para incoar el correspondiente procedimiento, al cual dichas denuncias y su resultado tendrán acceso ulterior, llegando a formar parte del propio proceso como documentación de posible relevancia para su

resolución, como así ha sucedido. Y en ese contexto, no puede apreciarse la infracción normativa, ni material ni procesal, señalada en el motivo, que, en consecuencia, ha de correr la misma suerte que los que le preceden.

QUINTO.- En quinto lugar se aduce aplicación errónea del art 6.5 del RDL 17/1997, de 4 de marzo y 28 de la Constitución Española (CE ) por considerar que "en modo alguno" la conducta de la empresa infringe o lesiona el derecho de huelga, arguyendo, en definitiva, que "la actuación durante la huelga no acabó con la finalidad de la misma, tal y como consta en la propia sentencia que se recurre, porque el día 25 de junio de 2013 se alcanzó un acuerdo colectivo con los demandantes en el que las partes acuerdan una serie de medidas que sustituyen a las comunicadas por la empresa los días 22 de mayo y 14 de junio de 2013 a la finalización del período de consultas sin acuerdo".

De antemano, el hecho de que se llegase finalmente a un acuerdo no significa que la conducta empresarial sea correcta y no suponga un atentado al derecho de huelga sino tan solo que no ha tenido éxito en tal objetivo, que es cosa distinta, porque no quiere decir que no se haya incidido en tal comportamiento, que es lo que es reprochable.

Por otra parte, y como sostiene nuestra sentencia de 11 de junio de 2012 (rc 110/2011 ) con referencia y mención de otras anteriores (4 de julio de 2000, 9 de diciembre de 2003 y 15 de mayo de 2005) "no existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga y que si las emisiones preprogramadas se realizaron sin ser interrumpidas, pero "sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla , el derecho fundamental no se ha vulnerado" , es decir, que, a contrario sensu, si se ha utilizado a dicho personal, que incluye, como se ve, al de la propia plantilla empresarial, se conculca ese derecho fundamental, debiendo tenerse en cuenta que el art 8.10 de la LISOS (RDLeg 5/2000, de 4 de agosto) contempla como infracción muy grave "los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio ....", que es lo que en este caso ha sucedido con, al menos,

algunos de los trabajadores, según el hecho segundo de la sentencia recurrida, donde también se habla, de trabajadores sustituidos por otros del mismo centro pero con categoría profesional diferente.

Como dice nuestra sentencia de 11 de febrero de 2015 (rc 95/2014 ) en lo que al caso actual interesa y en relación con la jurisprudencia constitucional que cita y transcribe parcialmente, " Se ha planteado si es posible la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa, el conocido como "esquirolaje interno", ya que en el RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, que regula la huelga -ni en ningún otro precepto-, no aparece limitación alguna a las facultades empresariales de movilidad funcional.

La STC 123/1992, de 28 de septiembre , seguida de la STC 33/2011, de 28 de marzo, abordó esta cuestión. En la primera de dichas sentencias se examinó el supuesto en que, ante la huelga convocada en la empresa, el empresario cubrió los puestos de los huelguistas con trabajadores de la propia empresa no huelguistas, algunos de ellos directivos, que aceptaron voluntariamente asumir dicho trabajo..... La STC contiene el siguiente razonamiento:

"Se trata, en suma, de averiguar si la situación interna arriba descrita, que en apariencia es legal, pudiera haber devenido contraria a la Constitución, por quebrantar el derecho fundamental configurado en su art. 28. La tensión dialéctica se produce así en dos sectores. Por una parte entre una interpretación literal y otra finalista de las normas, que a su vez refleja algo mas profundo, la distonia de la libertad de empresa y la protección del trabajador. Una y otra perspectivas están en el umbral de la Constitución, que califica como «social» al Estado de Derecho en ella diseñado y sitúa la libertad en el lugar preeminente de los principios que la conforman". (FD no 1). A continuación (FD no 2) el TC afirma que "conviene saber como premisa mayor qué sea la huelga y cual su función social, aspectos ambos que constituyen con otros el sustrato y a la vez la justificación de su consideración como derecho fundamental" y, tras recordar la definición del Real Decreto- ley 17/1977, el TC añade: "Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la defensa de sus intereses. En este diseño, el Real

Decreto-ley mencionado más arriba recoge una vieja interdicción tradicional y repudia la figura del «esquirol», expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario. La interpretación a contrario sensu de esta prohibición parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores nos dice que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido. Esto es lo que en definitiva han dicho y hecho no sólo la Administración, sino también, y sobre todo, el extinguido Tribunal Central de Trabajo en la Sentencia que es objeto de este proceso. Sin olvidar el riesgo que entraña en si misma cualquier argumentación a contrario por su esencial ambigüedad, conviene traer a colación que ha sido rechazada con entera convicción por el Tribunal Supremo en dos Sentencias (23 y 24 de octubre de 1989 ) a las cuales tendremos ocasión de aludir más adelante.

Estos aspectos de la potestad directiva del empresario están imaginados para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología. La existencia de tales normas que, en principio, parecen configurar el reverso del rechazo de la sustitución externa en caso de huelga, ratificando positivamente el resultado de la interpretación a contrario sensu, tampoco ofrecen una solución inequívoca, para cuyo hallazgo se hace necesaria la ponderación de los intereses en pugna a la luz de los principios constitucionales respectivos".

No admite el TC que se pueda concluir, a partir de una interpretación a contrario sensu del artículo 6.5 del RD Ley 17/1977 , que no existe prohibición de esquirolaje externo (quiere decir interno, según se infiere de ese precepto y de tal interpretación y porque según precisa la referida sentencia 33/2011 , "como ya ha quedado reseñado en el fundamento jurídico 4 de esta Sentencia, " también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales. Así ocurrirá

cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio"). Señala a continuación la sentencia (la 123/1992 ) que tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizaron trabajadores de otras categorías profesionales. En el mismo sentido la STC 33/2011, de 28 de mayo establece: "Diremos, en consecuencia, en la línea que acogimos en aquel pronunciamiento constitucional (en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado), que la "sustitución interna" de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo" .

Igualmente se halla proscrito el denominado "esquirolaje tecnológico", (al que también se alude en la sentencia recurrida) tal y como es de ver en nuestras sentencias de 11 de junio de 2012 (rc 110/2011), ya aludida , y 5 de diciembre de 2012 (rcud 265/2011 ), a las que se hace remisión dando por reproducidos sus argumentos al respecto, que se mencionan y recogen extractadamente en el apartado d) del quinto fundamento de derecho de la resolución de instancia, cabiendo, en fin, convenir con ésta y con el informe del Mº Fiscal de la Sala de instancia en que se ha producido un incorrecto entendimiento por parte de la empresa demandada-recurrente de que incluso durante la huelga podía adoptar medidas de movilidad no sustanciales "con objeto de que la ausencia de los trabajadores huelguistas no impida el funcionamiento de las oficinas bancarias, resultando así en una política de empresa vulneradora del derecho de huelga y que se manifestó en diversos lugares del territorio español durante los días de desarrollo de la huelga convocada". Y así, en efecto, se desprende de la confusión en que también se incurre en el recurso al relacionar los puntos tanto dialécticos como

fácticos de su discurso a lo largo de las págs 18 a 20 del mismo en el marco del ius variandi como facultad organizativa de la empresa en circunstancias normales pero no en la situación objeto de controversia.

También, pues, este motivo ha de decaer.

SEXTO.- Por lo que hace, en fin, al sexto y último, la normativa que se sugiere erróneamente aplicada consiste en el art 15 de la LOLS y los arts 182 y 183 de la LRJS porque, dice la parte recurrente, no procede la indemnización de daños y perjuicios fijada en la sentencia recurrida: a) al no existir incumplimiento de norma inconstitucional alguna (a lo que ya se ha contestado en sentido adverso a tal manifestación), y b) porque la resolución de instancia "no especifica criterio que justifique o fundamente tal concesión", a lo que se contestaba ya, en puro razonamiento axiológico o valorativo aunque no estrictamente contable (por no precisarse en este caso) en el séptimo fundamento de derecho de aquélla cuando se transcribía parcialmente nuestra sentencia de 17 de diciembre de 2013 (rc 102/2012 ) y se añadía, como colofón, y ponderando el daño indemnizado, que "cuando se concreta la pretensión indemnizatoria del demandante a la reparación del daño moral, el Tribunal para cumplir con el deber de pronunciarse sobre la cuantía del daño, la puede determinar prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (arg. ex arts. 179.3 y 183.2 LRJS ).

Pues bien, en este caso es importante tener en cuenta, para valorar el daño, que la presión sobre la empresa que implicaba la huelga, para forzar a la misma a negociar un acuerdo, no fue realmente desactivada por las sustituciones de trabajadores que constan en los hechos probados, las cuales afectan por otro lado a un número proporcionalmente poco relevante respecto al total de huelguistas (ateniéndonos a las que constan probadas, que son las únicas que pueden valorarse). Y, de hecho, la empresa cedió finalmente a la presión y no solamente negoció, sino que llegó a un

acuerdo con los dos sindicatos demandantes, retirando las medidas adoptadas unilateralmente tras el periodo de consultas y contra las que la huelga iba dirigida. Por ello el daño producido por la ilícita conducta empresarial es esencialmente un daño de naturaleza moral, por la vulneración en sí misma del derecho y no por las concretas consecuencias de aquella vulneración, no constando otro. Y la compensación de dicho daño, a prudente valoración de esta Sala, se cifra en 5000 euros".

Esa exposición resulta suficientemente explicativa respecto a la fijación de un importe indemnizatorio inferior al solicitado en demanda y en igual proporción cabe considerarla correcta, al contener los indispensables parámetros del juicio de valor efectuado en tal sentido, el cual por otra parte, es fruto de la libertad ponderativa que tiene en estos casos el órgano jurisdiccional, exigiéndose tan solo huir de la gratuidad del resultado correspondiente. En este sentido, la STS de 25/1/2010 (rc 40/2009 ) afirma que " conforme a nuestra doctrina ( STS de 16 de marzo de 1998 (rec. 1884/97 ) y 12 de diciembre de 2005 (rec. 59/05 ) el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias del caso, fijará el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable". Evidentemente, es ésta una materia (daños morales) en cuya cuantificación no es posible sustituir, en principio, el cálculo que se efectúe en la instancia, dada la antedicha libertad de criterio que lo preside, únicamente atemperada por la necesidad de que se aprecie la indispensable correlación de valores entre el derecho conculcado y sus consecuencias negativas, no cabiendo, en todo caso, una apreciación automática del daño moral derivada de la simple existencia de una vulneración del derecho fundamental invocado.

Ello sentado, no cabe olvidar que la indemnización fijada por la sentencia resulta casi testimonial y sensiblemente inferior a la solicitada en demanda, rebajándose por ello en igual proporción la exigencia acreditativa del daño compensado con la misma, que puede resultar deducible, por tanto, en esos términos y en estas concretas circunstancias, de cuanto se deriva de haberse visto obligada la parte sindical a acudir al ejercicio de la acción judicial correspondiente mientras mantiene el debate simultáneamente con la actividad ordinaria en la empresa, deduciéndose igualmente la indemnización de la propia necesidad de prevenir a que alude el art 183.2 de la LRJS ,



por todo lo cual basta con cuanto se argumentaba al respecto en el segundo fundamento de derecho de la demanda y se matiza en la sentencia de instancia para desestimar igualmente el motivo y con ello también el recurso en su totalidad.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimar el recurso de casación interpuesto por LIBERBANK, S.A. y BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 29 de octubre de 2014 , en actuaciones seguidas por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO) y la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), contra LIBERBANK SA, BANCO CASTILLA LA MANCHA SA, CONFEDERACIÓN SINDICAL INDEPENDIENTE DE CAJAS DE AHORRO (CSICA), CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF), CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDA (CSI), SINDICATO DE TRABAJADORES DE CAJA DE ASTURIAS (STC-CIC) y ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPLEADOS DE LAS CAJAS DE AHORROS DE SANTANDER Y CANTABRIA (APECASYC), MINISTERIO FISCAL, sobre TUTELA DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL. Con costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE FEBRERO DE 2015**

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de LA FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS se presentó demanda de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se reconozca la vulneración de los Derechos Fundamentales antes mencionados y se condene a las empresas EDICIONES EL PAÍS S.L., DIARIO AS, S.L. ESTRUCTURA-GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS S.A. Y PRESSPRINT S.L.U. al pago de las siguientes cantidades en concepto de indemnización:

1) Indemnización a todos los trabajadores que secundaron la huelga con la cuantía correspondiente a la cantidad detraída por la empresa de sus retribuciones.

2) Pago de las cotizaciones a la Seguridad Social no realizadas a los trabajadores los días de la huelga.

3) Al Sindicato CCOO, consecuencia de la estimación de los daños morales producidos, en la cuantía de 100.000 Euros o, subsidiariamente, aquella que la Sala estime pertinente y ajustada a Derecho.

En el acto del juicio la actora desistió del pedimento 2) de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 29 de julio de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos la pretensión principal de la demanda, promovida FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS contra las empresas EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA -GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

SA Y PRESSPRINT SL, a las que absolvemos de las pretensiones contenidas en la demanda."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

PRIMERO .- La empresa PRESSPRINT SLU tiene como objeto de su actividad la producción, impresión, publicación y difusión por cuenta propia o ajena de diarios, semanarios y toda clase de publicaciones periódicas legalmente autorizadas. PRESSPRINT realiza la actividad y producción de todas las publicaciones de prensa diaria del GRUPO PRISA y realiza, además, otras publicaciones que no son de dicho grupo: VOZ DE GALICIA; LA VANGUARDIA y EL MUNDO DEPORTIVO. La empresa tiene un único socia: DIARIO EL PAÍS SL, que posee el 100% de su capital social y actúa como administrador único. Ambas entidades corresponden al GRUPO PRISA. PRESSPRINT tiene suscritos contratos mercantiles con las siguientes empresas correspondientes al GRUPO PRISA: -EDICIONES EL PAÍS SL para la impresión de las distintas ediciones del DIARIO EL PAÍS. - DIARIO AS SAL para la impresión y producción de este diario deportivo. -ESTRUCTURA GRUPO DE MEDIOS ECONÓMICOS SA para la impresión del diario Cinco Días. SEGUNDO .- La empresa PRESSPRINT, en la fecha de la convocatoria de la huelga, contaba con dos centros de trabajo en Madrid y Barcelona. En la actualidad sólo sigue operativo el centro de Madrid, habiéndose cerrado el centro de Barcelona, precisamente como consecuencia del proceso de reestructuración que dio lugar a la huelga . TERCERO .- El Comité de Empresa y la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CCOO, convocaron huelga en los centros de trabajo de Madrid y Barcelona los días 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 26 y 27 de Diciembre de 2012, durante toda la jornada. La huelga se convocó como consecuencia del proceso de despido colectivo llevado a cabo por la empresa que afectaba a 92 trabajadores (80 en Barcelona, lo que suponía el cierre del centro, y 12 en Madrid). En otras empresas del Grupo también se ha seguido un proceso de reestructuración de plantillas y el menos en una de ellas, EDICIONES EL PAÍS SL, también se anunció la convocatoria de una huelga. Consta que en los procesos de consulta de los procesos colectivos seguidos en ESTRUCTURA GRUPO DE MEDIOS ECONÓMICOS, EDICIONES EL PAÍS SL y PRESSPRINT SL, intervinieron por parte de la empresa D<sup>a</sup> Amelia como Directora de Recursos Humanos

y D. Romeo como Jefa de Desarrollo de Recursos Humanos. En concreto, en el proceso de consultas de PRESSPRINT SL también intervino por parte de la empresa D<sup>a</sup> Estefanía , Directora General de Recursos Humanos de Prisa Noticias. CUARTO .- En diciembre de 2012 la empresa imprimía los siguientes periódicos: En el centro de Madrid: -EL PAÍS: parte de la edición nacional y de la totalidad de Madrid; -DIARIO DEPORTIVO AS: del que se imprimen las ediciones de Extremadura y Madrid; - DIARIO ECONÓMICO CINCO DÍAS: ediciones de Andalucía y Madrid; -EL MUNDO DEPORTIVO: edición Madrid; -LA VOZ DE GALICIA: edición Madrid; - LA VANGUARDIA: edición Madrid. En el centro de Barcelona: DIARIO EL PAÍS: edición Cataluña, -AS: edición Cataluña; -CINCO DÍAS: edición Cataluña. QUINTO .- La huelga tuvo lugar los días 13, 14, 15, 19, 20, 21 y 22 de diciembre de 2012. Fue secundada por la totalidad de la plantilla de ambos centros y se paralizó la actividad de impresión. Aún así, los diarios antes relatados se imprimieron y distribuyeron en los diferentes puntos de venta con normalidad. En concreto en Cataluña la impresión fue realizada por la empresa IMPRINTSA e INDUGRAF con la que no existe contrato mercantil. Y la correspondiente al centro de Madrid por BEPSA, PRINTOLID, IMPRESA NORTE e IMPRINTSA. SEXTO .- El Comité de Empresa de los centros de trabajo denunció este último hecho ante las Inspección de Trabajo de Madrid (14/12/2012) y Barcelona (17/12/2012), al considerar que se estaba vulnerando el derecho de huelga de los trabajadores. Habiéndose levantado actas de infracción por ambas Inspecciones, frente a las cuales las empresas han realizado alegaciones. En concreto constan levantadas actas, al menos, frente a la empresa DIARIO AS SAL y EDICIONES EL PAÍS SL. SÉPTIMO .- Aunque el proceso de negociación del despido colectivo terminó iniciado el PRESSPRINT el 26 de noviembre de 2012 terminó sin acuerdo el 25 de diciembre de 2012. El 31 de diciembre de 2012 se alcanzó un acuerdo y consta que el 9 de enero de 2103 hubo una reunión entre las partes para su desarrollo. OCTAVO .- Los salarios que los trabajadores de la empresa PRESSPRINT dejaron de percibir durante la huelga alcanzan la suma de 40.132 €. Las pérdidas de la empresa durante dichos días alcanzan la suma de 345.227,23 €. De los cuales 272.079,85 € corresponden al centro de Madrid y 73.137,48 € al de Barcelona. De la suma total de pérdidas 25.395,97 € corresponden a los ingresos dejados de percibir por los contratos de empresas ajenas al grupo y 319.831,26 € corresponde a ingresos dejados de percibir

procedentes de empresas del grupo. Es decir, de la facturación total de las pérdidas el 93 % correspondería a ingresos procedentes de empresas procedentes del grupo y el 7% a empresas de fuera del grupo (s.e.u.o.). NOVENO .- La actual estructura de las empresas del GRUPO EL PAÍS tuvo su origen en un proceso iniciado el 20 de febrero de 2009. Dicho proceso fue iniciado por una comunicación por la cual se inicia la segregación y transmisión de las distintas unidades productivas del DIARIO EL PAÍS SL por el cual se transfirió a AGRUPACIÓN DE SERVICIOS DE INTERNET Y PRENSA AIE, los activos y pasivos de DIARIO EL PAÍS SL afectos a los servicios de Administración, Gestión de Personal. Sistemas, Distribución, Servicios Generales y Preproducción. También se transfirió a EDICIONES EL PAÍS SL los activos y pasivos del DIARIO EL PAÍS SL afectos a la actividad de realización y venta de contenidos informativos en papel, internet y móvil. Y, por último, se transfirió a PRESSPRINT los activos y pasivos del DIARIO EL PAÍS SL afectos a la actividad de producción. Este proceso de segregación fue declarado conforme a Derecho por la SAN de 16 de junio de 2010 , luego confirmada por la STS de 14 de febrero de 2011 . DIARIO EL PAÍS quedo así configurada como una entidad sin actividad y plantilla que controla a varias empresas del grupo. Se han cumplido las previsiones legales."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por el letrado D. Enrique Lillo Pérez, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas MINISTERIO FISCAL y las empresas EDICIONES EL PAÍS, SL., DIARIO AS, S.L., ESTRUCTURA DE GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, S.A. Y PRESSPRINT, S.L. y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal, se emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de febrero de 2015, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El 25 de junio de 2013 se presentó demanda de tutela de Derechos Fundamentales por la representación letrada de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA y PRESSPRINT SL, interesando se dicte sentencia por la que, "se reconozca la vulneración de los Derechos Fundamentales antes mencionados y se condene a las empresas EDICIONES EL PAÍS S.L., DIARIO AS, S.L. ESTRUCTURA-GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS S.A. Y PRESSPRINT S.L.U. al pago de las siguientes cantidades en concepto de indemnización:

1) Indemnización a todos los trabajadores que secundaron la huelga con la cuantía correspondiente a la cantidad detraída por la empresa de sus retribuciones.

2) Pago de las cotizaciones a la Seguridad Social no realizadas a los trabajadores los días de la huelga.

3) Al Sindicato CCOO, consecuencia de la estimación de los daños morales producidos, en la cuantía de 100.000 Euros o, subsidiariamente, aquella que la Sala estime pertinente y ajustada a Derecho."

En el acto del juicio la parte actora desistió del punto segundo del suplico de la demanda, relativo al pago de las cotizaciones a la Seguridad Social no realizadas a los trabajadores los días de huelga.

SEGUNDO .- Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 29 de julio de 2013 , en el procedimiento número 276/2013, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Desestimamos la pretensión principal de la demanda, promovida FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS contra las empresas EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA - GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA Y PRESSPRINT SL, a las que absolvemos de las pretensiones contenidas en la demanda."

TERCERO.-1.- Por la representación letrada de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, se interpone el presente recurso de casación basándolo en tres motivos.

2.-Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios,, interesando la revisión del hecho contenido en el fundamento de derecho segundo, párrafo último. Con el mismo amparo procesal denuncia, en el segundo motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, interesando la adición de un inciso fáctico al relato de hechos probados de la sentencia, a fin de que se incorpore como segundo párrafo del hecho probado octavo. Al amparo del artículo 207 e) de la LRJS , denuncia infracción, por interpretación errónea, del artículo 28.2 de la Constitución, en relación con el 6.5 del RD Ley 17/1977. de 4 de marzo , así como la doctrina vinculante del Tribunal Constitucional establecida en las sentencias 123/1992, de 28 de septiembre , 33/2011, de 28 de marzo y la de 20 de marzo de 2011, así como la contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional , que cita la propia sentencia impugnada, STC 75 , 76 y 112 de 2010 .

3.- El recurso ha sido impugnado por la representación letrada de EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA y PRESSPRINT SL, proponiendo el Ministerio Fiscal que el recurso sea declarado procedente.

CUARTO .- 1.- En el primer motivo del recurso la parte alega error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, siendo dichos documentos el acta de la Inspección de Trabajo de Madrid, documento 5 del ramo de prueba de la parte actora, el documento 6 aportado por la parte actora y los documentos 9 a 12 aportados por Ediciones El País SL interesando la revisión del hecho contenido en el fundamento de derecho segundo, párrafo último, en el que se consigna:

"La parte demandante no ha conseguido probar que en el centro de Madrid los textos elaborados fuesen enviados desde Pressprint a las otras empresas. La parte demandante pretende inferir dicho hecho del documento nº 7 por ella, aportado, pero dicho hecho fue expresamente negado por la empresa -sostuvo que del soporte informativo se ocupa otra empresa del Grupo y del expresado documento no se infiere lo pretendido por la demandante- son instrucciones para emitir ficheros a otras entidades

(Versa; Printoli, etc.). Por el contrario no consta en el acta de la Inspección de Madrid que se operase de dicha forma, y si consta en el acta de Barcelona que dichos ficheros fueron emitidos a las empresas editoras, por error gramatical debe decirse empresas impresoras" .

Interesa que se suprima dicho párrafo contenido en el fundamento de derecho segundo con indudable valor de hecho probado y se incorpore un nuevo párrafo al hecho probado quinto.

2.- Tal y como nos recuerda nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2013, recurso 37/2013 , los requisitos generales de toda revisión fáctica son los siguientes: "Con carácter previo al examen de la variación del relato de hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -; ... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).

Más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de " error en la apreciación de la prueba " que esté " basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador "» (recientes, SSTS 19/04/11 -rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 -rco 221/10 -); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testifical, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13 -rco 108/12



-); como también hemos rechazado expresamente la habilidad revisora de la prueba pericial, que «no está contemplada en el ... [ art. 207.d) LRJS ] como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria en el recurso de casación, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación ... [art. 193.b LRJS], aparte de que la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 348 ] confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de valorar "los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", y la Sala de instancia ya valoró esta prueba en conjunción con el resto de la practicada» (STS 26/01/10 -rco 45/09).

En todo caso se imponen -en este mismo plano general- ciertas precisiones: a) aunque la prueba testifical no puede ser objeto de análisis en este extraordinario recurso, pese a todo en algunos supuestos puede ofrecer «un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (en tal sentido, SSTs 09/07/12 -rco 162/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); b) pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental ( STS 26/06/12 -rco 19/11 -); y c) la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas ( SSTs 27/01/04 -rco 65/02 -; 11/11/09 -rco 38/08 -; y 20/03/12 -rco 18/11 -), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica ( SSTs 07/06/94 -rco 2797/93 -; ... 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -).

A tales requisitos se ha de añadir el proporcionado por la propia dicción del precepto - artículo 207 d) LRJS )- consistente en que el error que se denuncia, basado en documentos que obren en autos, no resulte contradicho por otros elementos probatorios.

3.- No procede la revisión interesada ya que, en primer lugar, en el fundamento de derecho, con valor de hecho probado, que se pretende revisar, consta en esencia el

dato que el recurrente pretende adicionar, a saber que "los textos informativos o ficheros informáticos fueron enviados desde las empresas editoras Ediciones El País, Diario As...a las empresas impresoras durante los días de huelga", al consignar la sentencia "consta en el acta de Barcelona -de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social- que los distintos ficheros fueron directamente emitidos a las empresas editoras" ya que si se acude a la citada Acta lo que textualmente consta es: "Las diferentes empresas editoras de estos periódicos (EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL y ESTRUCTURA, GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA) remitieron los ficheros para la impresión de los ejemplares a empresas de impresión distintas a PRESSPRINT SL".

En segundo lugar la prueba invocada, junto con otras pruebas obrantes en autos ha sido valorada por la Sala de instancia, sin que proceda una nueva valoración por esta Sala, dado el limitado alcance que en el recurso de casación tiene la revisión de hechos, a tenor del artículo 207 d) de la LRJS .

QUINTO.-1. En el segundo motivo del recurso, con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, invocando el acta de infracción de la Inspección de Trabajo de Madrid -documento número 12, página 4, 3º y 4º párrafo- interesando la revisión del hecho probado octavo, a fin de que se le adicione un segundo párrafo del siguiente tenor literal: "No consta que los textos elaborados fuesen enviados desde Pressprint a las otras empresas impresoras, pero si consta acreditado que los textos informativos o ficheros informáticos fueron enviados desde las empresas editoras Ediciones El País, S.L.; Diario AS, S.L.; Estructura Grupo de Estudios Económicos, S.L., editora del Diario Cinco Días, a las empresas impresoras durante los días de la huelga" .

2 .- No procede la revisión interesada ya que, en primer lugar, el documento invocado ya fue tenido en cuenta por la Sala de instancia; en segundo lugar el dato que se pretende adicionar es irrelevante para el resultado del pleito, por lo que luego se razonará.

SEXTO.- 1.- Al amparo del artículo 207 e) de la LRJS , denuncia infracción, por interpretación errónea, del artículo 28.2 de la Constitución, en relación con el 6.5 del RD Ley 17/1977. de 4 de marzo , así como la doctrina vinculante del Tribunal Constitucional establecida en las sentencias 123/1992, de 28 de septiembre , 33/2011, de 28 de marzo y la de 20 de marzo de 2011, así como la contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional , que cita la propia sentencia impugnada, STC 75 , 76 y 112 de 2010 .

Alega, en esencia, que la actividad de la demandada es contraria al derecho de huelga ya que ha procedido a una sustitución externa de la actividad de los trabajadores, debiendo tenerse en cuenta que, además de la contrata entre las empresas que editan el periódico, existe un importante vínculo societario de unidad de dirección económica y de unidad, incluso, en la política de personal, por lo que su actuación ante la huelga no es simplemente la de un tercero, sino la de empresas muy vinculadas, en las que existe unidad entre sí, aunque no conformen una empresa laboral unitaria.

2.- Para una recta comprensión de la cuestión debatida es oportuno destacar los hechos que a continuación se expondrán, extraídos de la sentencia de instancia:

Primero: La empresa PRESSPRINT SLU tiene como objeto de su actividad la producción, impresión, publicación y difusión por cuenta propia o ajena de diarios, semanarios y toda clase de publicaciones periódicas legalmente autorizadas.

Segundo: PRESSPRINT realiza la actividad y producción de todas las publicaciones de prensa diaria del GRUPO PRISA y realiza, además, otras publicaciones que no son de dicho grupo: VOZ DE GALICIA; LA VANGUARDIA y EL MUNDO DEPORTIVO.

Tercero: La empresa tiene un único socia: DIARIO EL PAÍS SL, que posee el 100% de su capital social y actúa como administrador único. Ambas entidades corresponden al GRUPO PRISA.

Cuarto: PRESSPRINT tiene suscritos contratos mercantiles con las siguientes empresas correspondientes al GRUPO PRISA: EDICIONES EL PAÍS SL para la impresión de las distintas ediciones del DIARIO EL PAÍS. DIARIO AS SAL para la

impresión y producción de este diario deportivo. ESTRUCTURA GRUPO DE MEDIOS ECONÓMICOS SA para la impresión del diario Cinco Días.

Quinto: El Comité de Empresa y la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CCOO y la empresa Pressprint convocaron huelga en los centros de trabajo de Madrid y Barcelona los días 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 26 y 27 de Diciembre de 2012, durante toda la jornada. La huelga se convocó como consecuencia del proceso de despido colectivo llevado a cabo por la empresa que afectaba a 92 trabajadores (80 en Barcelona, lo que suponía el cierre del centro, y 12 en Madrid).

Sexto: La huelga tuvo lugar los días 13, 14, 15, 19, 20, 21 y 22 de diciembre de 2012. Fue secundada por la totalidad de la plantilla de los centros de Madrid y Barcelona y se paralizó la actividad de impresión. Aún así, los diarios antes relatados se imprimieron y distribuyeron en los diferentes puntos de venta con normalidad. En concreto en Cataluña la impresión fue realizada por la empresa IMPRINTSA e INDUGRAF con la que no existe contrato mercantil. Y la correspondiente al centro de Madrid por BEPSA, PRINTOLID, IMPRESA NORTE e IMPRINTSA.

Séptimo: La actual estructura de las empresas del GRUPO EL PAÍS tuvo su origen en un proceso iniciado el 20 de febrero de 2009. Dicho proceso fue iniciado por una comunicación por la cual se inicia la segregación y transmisión de las distintas unidades productivas del DIARIO EL PAÍS SL por el cual se transfirió a AGRUPACIÓN DE SERVICIOS DE INTERNET Y PRENSA AIE, los activos y pasivos de DIARIO EL PAÍS SL afectos a los servicios de Administración, Gestión de Personal. Sistemas, Distribución, Servicios Generales y Preproducción. También se transfirió a EDICIONES EL PAÍS SL los activos y pasivos del DIARIO EL PAÍS SL afectos a la actividad de realización y venta de contenidos informativos en papel, internet y móvil. Y, por último, se transfirió a PRESSPRINT los activos y pasivos del DIARIO EL PAÍS SL afectos a la actividad de producción. Este proceso de segregación fue declarado conforme a Derecho por la SAN de 16 de junio de 2010 , luego confirmada por la STS de 14 de febrero de 2011 . DIARIO EL PAÍS quedo así configurada como una entidad sin actividad y plantilla que controla a varias empresas del grupo.

SÉPTIMO.-1.- La cuestión que se plantea en la presente litis es decidir si resulta contrario a la libertad sindical y al derecho de huelga la conducta de las demandadas consistente en contratar con empresas, cuya actividad es la impresión, la impresión de los periódicos EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA, que realizaba siempre la empresa PRESSPRINT SL, durante los días en los que la totalidad de los trabajadores de la plantilla de esta última estaban en huelga, habiéndose impreso y distribuido durante dichos días la totalidad de los periódicos de las citadas empresas editoras.

En otras palabras, se trata de resolver si la acción de un tercero -en este supuesto las tres empresas editoras de los diarios anteriormente consignados- consistente en contratar con otras empresas la actividad de impresión de los diarios, que tenían contratada con PRESSPRINT SL, durante los días en que su plantilla estuvo en huelga, supone vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga.

2.- La solución de la cuestión controvertida exige una ponderación adecuada del contenido y los límites de dos derechos constitucionales en presencia, como son el derecho fundamental de huelga, consagrado en el artículo 28.2 de la Constitución, ubicado en la Sección 1ª del Capítulo II, y la libertad de empresa, que se reconoce en el artículo 38 de la Constitución, ubicado en la Sección 2ª de dicho Capítulo II, derechos a los que debe añadirse el también constitucional derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, que reconoce el artículo 37.2 de la Constitución.

La STC 123/1992 de 28 de septiembre contiene el siguiente razonamiento al respecto: "El derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole -como a todos los de su grupo- una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (arts. 53, 81 y 161 C.E)./ La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en

cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores ".

3.- En cuanto al alcance del derecho de huelga, la STC 33/2011, de 28 de marzo , ha señalado lo siguiente: " Por otra parte, como dijéramos en la decisiva STC 11/1981, de 8 de abril , que ha inspirado de forma continua los pronunciamientos posteriores de este Tribunal en la materia: "la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución , que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 de la Constitución , ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución)." (FJ 9).

4.- Respecto a los límites del derecho de huelga, se ha pronunciado, entre otras, la STC 184/2006, de 19 de junio , que contiene el siguiente razonamiento: "En relación con la fijación de los servicios esenciales el Tribunal Constitucional en sentencia 184/06, de 19 de junio ha establecido lo siguiente: "a) El derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Una de esas limitaciones, expresamente previstas en la Constitución, procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad ( SSTC 11/1981, de 8 de abril, FFJJ 7, 9 y 18; 51/1986, de 24 de abril, FJ 2 ;

53/1986, de 5 de mayo, FJ 3 ; 27/1989, de 3 de febrero, FJ 1 ; 43/1990, de 15 de marzo , FJ 5 a); 148/1993, de 29 de abril, FJ 5)"-.

Por su parte la STC 33/2011, de 28 de marzo establece: "Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad ( art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977 ), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa ( art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977 ). En estos dos supuestos, si los trabajadores designados para el mantenimiento de los referidos servicios se negaran o se resistieran a prestarlos, quedaría justificada su sustitución a tales efectos. No obstante, en la determinación de cuáles son los servicios mínimos esenciales para la comunidad, o cuáles son los servicios de seguridad y de mantenimiento requeridos, debe atenderse a ciertos límites, que impidan interpretaciones restrictivas del derecho fundamental ( SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18 , y 80/2005, de 4 de abril , FFJJ 5 y 6). Si las cautelas frente a un entendimiento restrictivo del derecho de huelga se proyectan incluso sobre la ordenación de los servicios mínimos, no puede resultar incongruente que, en el ámbito que estamos examinando, la prohibición de la sustitución interna constituya el principal límite al ius variandi empresarial en situaciones de huelga".

OCTAVO.-1.- El precepto aplicable a la cuestión controvertida es, sin duda, el artículo 6.5 del RD -Ley 17/1977, de 4 de marzo , que dispone: "En tanto dure la huelga el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo".

La dicción literal del precepto supone, sin esfuerzo interpretativo alguno, que está proscrito que durante la huelga el empresario acuda a la contratación de trabajadores externos para sustituir a los trabajadores huelguistas.

2 .- Se ha planteado si es posible la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa, el conocido como "esquirolaje interno", ya que en el RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, que regula la huelga -ni en ningún otro precepto-, no aparece limitación alguna a las facultades empresariales de movilidad funcional.

La STC 123/1992, de 28 de septiembre , seguida de la STC 33/2011, de 28 de marzo , abordó esta cuestión. En la primera de dichas sentencias se examinó el supuesto en que, ante la huelga convocada en la empresa, el empresario cubrió los puestos de los huelguistas con trabajadores de la propia empresa no huelguistas, algunos de ellos directivos, que aceptaron voluntariamente asumir dicho trabajo. Tanto la sentencia de instancia, como la recaída resolviendo el recurso de suplicación, entendieron que la conducta empresarial era lícita porque lo único que prohíbe el RD Ley 17/1977 es la sustitución de trabajadores no vinculados a la empresa y, por tanto, nadie puede prohibir otra cosa, porque lo que la Ley no prohíbe lo permite. La STC contiene el siguiente razonamiento:

"Se trata, en suma, de averiguar si la situación interna arriba descrita, que en apariencia es legal, pudiera haber devenido contraria a la Constitución, por quebrantar el derecho fundamental configurado en su art. 28 . La tensión dialéctica se produce así en dos sectores. Por una parte entre una interpretación literal y otra finalista de las normas, que a su vez refleja algo más profundo, la distonía de la libertad de empresa y la protección del trabajador. Una y otra perspectivas están en el umbral de la Constitución, que califica como «social» al Estado de Derecho en ella diseñado y sitúa la libertad en el lugar preeminente de los principios que la conforman". (FD nº 1). A continuación (FD nº 2) el TC afirma que "conviene saber como premisa mayor qué sea la huelga y cual su función social, aspectos ambos que constituyen con otros el sustrato y a la vez la justificación de su consideración como derecho fundamental" y, tras recordar la definición del Real Decreto-ley 17/1977, el TC añade: "Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la defensa de sus intereses./ En este diseño, el Real Decreto-ley mencionado más arriba recoge una vieja interdicción tradicional y repudia



la figura del «esquirol», expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario. La interpretación a contrario sensu de esta prohibición parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores nos dice que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido. Esto es lo que en definitiva han dicho y hecho no sólo la Administración, sino también, y sobre todo, el extinguido Tribunal Central de Trabajo en la Sentencia que es objeto de este proceso. Sin olvidar el riesgo que entraña en sí misma cualquier argumentación a contrario por su esencial ambigüedad, conviene traer a colación que ha sido rechazada con entera convicción por el Tribunal Supremo en dos Sentencias (23 y 24 de octubre de 1989 ) a las cuales tendremos ocasión de aludir más adelante...

Estos aspectos de la potestad directiva del empresario están imaginados para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología. La existencia de tales normas que, en principio, parecen configurar el reverso del rechazo de la sustitución externa en caso de huelga, ratificando positivamente el resultado de la interpretación a contrario sensu, tampoco ofrecen una solución inequívoca, para cuyo hallazgo se hace necesaria la ponderación de los intereses en pugna a la luz de los principios constitucionales respectivos".

No admite el TC que se pueda concluir, a partir de una interpretación a contrario sensu del artículo 6.5 del RD Ley 17/1977 , que no existe prohibición de esquirolaje externo. Señala a continuación la sentencia que tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizaron trabajadores de otras categorías profesionales.

En el mismo sentido la STC 33/2011, de 28 de mayo establece : "Diremos, en consecuencia, en la línea que acogimos en aquel pronunciamiento constitucional (en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado), que la "sustitución

interna" de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo".

3.- Se ha planteado si cabe la sustitución de los trabajadores huelguistas, en realidad de la actividad desarrollada por los mismos, por medios mecánicos o automáticos, el denominado "esquirolaje tecnológico".

La sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012, casación 265/2011 ha resuelto dicha cuestión, estableciendo: "5. De las líneas doctrinales que hemos ido exponiendo, es dable deducir, que no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando la empresa -como en el presente caso- emite publicidad por medios automáticos. El planteamiento absolutista de la recurrente que viene a sostener que, cumpliendo con los servicios mínimos puede ETB realizar otro tipo de emisiones, siempre que para ello no emplee ni a trabajadores huelguistas ni los sustituya, por otros trabajadores llamados para prestar dichos servicios, choca frontalmente con el derecho fundamental a la huelga -que el artículo 28.2 de nuestra Constitución proclama y garantiza-, en el caso de que la actuación empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, prive materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Como ha señalado la doctrina el contenido esencial del derecho de huelga incorpora, además del derecho de los trabajadores a incumplir transitoriamente el contrato de trabajo, el derecho a limitar la libertad del empresario (STC 11/1981 , FJ nº 10), de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente

al paro. Con el señalado planteamiento empresarial, quedaría legitimada una actuación en la que se emitieran también todos los programas de entretenimiento -películas, concursos, reportajes, etc. etc.- que constituyen el mayor porcentaje de la parrilla de programas de cualquier televisión y que están, en su inmensa mayoría pregrabados. Si a ello le añadimos la emisión en directo de los informativos -que siempre estará justificada por el debido respeto al derecho de comunicación e información y así se habrá establecido en la correspondiente norma de servicios mínimos- el resultado práctico no puede ser más evidente: se consigue ofrecer una apariencia de normalidad con lo que la realización de una huelga en este tipo de empresas puede llegar a tener una trascendencia social prácticamente nula y, consiguientemente, el ejercicio de ese derecho puede quedar prácticamente vaciado de contenido real, lo que no es admisible en términos del derecho constitucional a la huelga, todo lo que nos lleva a modificar la doctrina sentada hasta ahora en supuestos similares al presente -con la excepción del caso resuelto en la sentencia de 16 de marzo de 1998 (rec. casación 1884/1997- entre otras en las sentencias de 4 de julio de 2000 (rec. casación 75/2000); 9 de diciembre de 2003 (rec. casación 41/2003), 15 de abril de 2005 (rec. casación 133/2004), y más recientemente, en el fundamento de derecho primero de la sentencia de 11 de junio de 2012 (rec. Casación 110/2011).

6. En definitiva, la doctrina que, con carácter general, formulamos en la presente sentencia es la siguiente: No sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro".

Por lo tanto, también se vulnera el derecho de huelga cuando se utilizan medios mecánicos o tecnológicos para sustituir la actividad que correspondía realizar a los trabajadores huelguistas.

NOVENO.-1.- El asunto ahora sometido a la consideración de la Sala presenta unas peculiares características, ya que se trata de decidir si es posible la vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga por quien no es el empresario del trabajador.

A este respecto la STC 75/2010, de 19 de octubre, ha señalado con rotundidad: "Por lo demás, este Tribunal ha declarado ya en diversas ocasiones que los derechos fundamentales de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral pero interviene o interactúa con él "en conexión directa con la relación laboral" ( STC 250/2007, de 17 de diciembre , FJ 5) o por otros compañeros de trabajo ( SSTC 126/1990, de 5 de julio, FJ 4 ; 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 3; y 74/2007, de 16 de abril , FJ 5), así como, evidentemente en otro contexto muy diferente, la posibilidad de "vulneraciones indirectas" de los derechos fundamentales (por todas, STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 6)".

2.- Respecto a la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, entre ellos el derecho de huelga, por una empresa, que no es aquella en la que el trabajador presta servicios, se ha pronunciado el TC en un supuesto en el que la empresa principal rescinde el contrato mercantil que mantenía con la empresa para la que prestaban servicios los trabajadores huelguistas, como consecuencia de las actuaciones desarrolladas por dichos trabajadores -movilizaciones- lo que acarrea la extinción de los contratos por la empresa contratista. La STC 75/2010, de 19 de octubre de 2010 examina, como punto de partida, las peculiares situaciones que se generan en aquellos casos en los que se produce una fragmentación de la posición empresarial, en los supuestos de subcontratación y los efectos que la misma proyecta en los derechos fundamentales de los trabajadores.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento: "En el caso que ahora consideramos ha quedado plenamente acreditado que el trabajador demandante de amparo ha perdido su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos

fundamentales y, por tanto, con vulneración de los mismos. Pese a ello, las resoluciones judiciales recurridas han rechazado la existencia de cualquier responsabilidad de las dos empresas afectadas, impidiendo que dicha vulneración sea reparada a través de la garantía básica establecida por la legislación laboral a tal fin, esto es, la declaración de nulidad del despido. Y a este desamparo se llega, precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil. En la práctica si no pudiese otorgarse tutela jurisdiccional ante vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos como éste, se originaría una gravísima limitación de las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente a su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable.

En el caso del derecho de huelga, cuyo ejercicio, por definición, se habrá de proyectar de manera principal sobre la actividad productiva de la empresa principal, a la que la contrata en sí misma sirve, la pretendida irresponsabilidad laboral de esta empresa respecto de cualquier actuación que pueda desarrollar con la finalidad de impedir, coartar o sancionar el legítimo ejercicio del derecho de huelga, al socaire de su invocada ajenidad a la relación laboral entre las partes, supondría la práctica eliminación del derecho de huelga en el ámbito de estas relaciones. En efecto, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla".

3. - Ante la ausencia de previsión legal específica para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores ante vulneraciones de dichos derechos cometidos por la empresa principal, en supuestos de subcontratación, la precitada STC establece: "No existe en la vigente regulación legal de la subcontratación de obras y servicios previsión

alguna que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal, a salvo de la existencia de un supuesto de cesión ilegal de mano de obra que, según las Sentencias impugnadas, aquí no concurre. Las garantías establecidas en la legislación laboral, en función de lo que ha sido el propio desarrollo y evolución histórica de la figura de la subcontratación, se dirigen más bien a garantizar los derechos de los trabajadores frente a la empresa contratista, a cuyo efecto se establece en determinados supuestos la responsabilidad de la empresa principal -a la que se presume normalmente más estable y solvente- en relación con el incumplimiento por la contratista de algunas de sus obligaciones legales (por ejemplo, en materia de salarios o de Seguridad Social), así como a reforzar los instrumentos de protección en materia de salud y seguridad. Pero no existe en el art. 42 del Estatuto de los trabajadores una correlativa corresponsabilidad de la empresa contratista respecto de eventuales vulneraciones cometidas por la empresa principal, ni se reconoce a los trabajadores mecanismo alguno para acudir directamente contra ésta frente a sus propias actuaciones, quizás por entender que los trabajadores de la empresa contratista no pueden verse afectados en sus derechos por actuaciones de la empresa principal, con la que no les une vínculo alguno. Para el legislador, el ámbito de relaciones de la empresa principal se agota en el mercantil del contrato que le une a la contratista, de manera que ninguna afectación puede derivarse de sus actuaciones en el ejercicio por los trabajadores de los derechos derivados de su relación laboral. De ahí que cuando, como en el presente caso, no se aprecia la concurrencia de una conducta directamente imputable a la empresa contratista, cuya connivencia han descartado los órganos judiciales, se concluya la inatacabilidad por parte de los trabajadores de cualquier actuación de la empresa principal, que se considera ajena al contrato de trabajo.

Sin embargo, cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata, este Tribunal ha de garantizar dicha tutela sin que puedan existir espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales. Si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la

vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no sólo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos.

Para apreciar la existencia de una vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores, causada de forma directa por la decisión empresarial de extinción de sus contratos de trabajo adoptada por la empresa para la que prestan servicios, pero derivada, de manera indirecta, de una previa decisión de la empresa principal en el marco del contrato mercantil suscrito entre ambas empresas, no es obstáculo el hecho de que ningún vínculo contractual ligue a dicha empresa principal con los trabajadores despedidos como consecuencia de su decisión. La posibilidad de que los trabajadores de una empresa contratista se vean afectados en sus derechos por decisiones y actuaciones cuya responsabilidad no corresponde a su empresario directo sino al empresario que ha subcontratado con aquél una parte de su actividad es precisamente lo que justifica la especial atención que a este fenómeno ha venido dedicando tradicionalmente la legislación laboral, plasmada actualmente en el conjunto de reglas en materia de garantías, responsabilidades y derechos de información y representación contenidas tanto en el art. 42 del Estatuto de los trabajadores , como en el art. 127 de la Ley general de la Seguridad Social y en el art. 24 de la Ley de prevención de riesgos laborales".

DÉCIMO.-1.- En el asunto examinado se denuncia vulneración de los derechos de libertad sindical y huelga de los trabajadores de PRESSPRINT -cuya actividad es la producción, impresión, publicación y difusión por cuenta propia o ajena de diarios, semanarios y toda clase de publicaciones, imprimiendo fundamentalmente publicaciones del Grupo Prisa- por EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA y PRESSPRINT SL,

pertenecientes al grupo PRISA, por haber contratado la publicación de los periódicos con otras empresas durante los días de huelga.

2.- En aplicación de la doctrina contenida en la STC 75/2010 de 19 de octubre se ha de concluir que la conducta de las empresas editoras demandadas ha vulnerado los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores de PRESSPINT.

A este respecto hay que señalar que, si bien es cierto que dichas entidades mercantiles no mantienen relación laboral directa con los trabajadores huelguistas, ya que estos prestan servicios a PRESSPINT, en virtud de los contratos de trabajo suscritos con la citada empresa, no es menos cierto que la actuación de dichas empresas, consistente en contratar con las empresas IMPRINTSA, INDUGRAF, BEPSA, PRINTOLID, e IMPRENTA NORTE la impresión de sus publicaciones durante los días en que los trabajadores de PRESSPINT estuvieron de huelga, ha incidido seriamente en los efectos y repercusión de la huelga.

A pesar de la huelga, durante dichos días los diarios de las citadas empresas salieron con normalidad, provocando la contratación de otras empresas para la impresión de los diarios un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una aminoración de la presión asociada a su ejercicio. Ninguna duda cabe de que el hecho de la normal aparición durante los días de huelga de los diarios editados por las demandadas priva de repercusión apreciable a la huelga, arrebatándole su finalidad de medio de presión y de exteriorización de los efectos de la huelga al presentar una apariencia de normalidad contraria al derecho de huelga. En efecto, además de ser un medio de presión de los trabajadores para la defensa de sus intereses legítimos, la huelga tiene una vertiente externa, a saber, la de exteriorización de los efectos que produce, haciendo visible a los ciudadanos la perturbación que provoca, máxime en una actividad como la ejercida por las empresas demandadas. Ambas finalidades han sido cercenadas por las demandadas con la contratación de empresas ajenas a PRESSPINT SL para la impresión de sus diarios durante los días de huelga.

No cabe alegar por las demandadas la inexistencia de relación laboral con los trabajadores huelguistas para apelar a la falta de responsabilidad en el ejercicio de su derecho de huelga pues, dado que el ejercicio del citado derecho, se ha de proyectar de



manera principal sobre la actividad de estas empresas tal y como se razonará con posterioridad, cualquier actuación que pudieran desarrollar, similar a la ahora examinada, vaciaría de contenido el derecho de huelga.

UNDÉCIMO.-1.- En nuestro ordenamiento no hay previsión concreta para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en supuestos como el ahora examinado.

En todo caso conviene recordar que la relación existente entre las codemandadas y PRESSPRINT SL no es una mera relación mercantil en la que unas empresas, cuya actividad es la edición de diarios contratan con otra, PRESSPRINT SL, la impresión de los mismos. La relación es más intensa puesto que las citadas empresas pertenecen a un mismo grupo empresarial, al GRUPO PRISA, lo que provoca determinados efectos.

2.- No es ocioso recordar que en tiempos no muy lejanos las empresas demandadas no constituían empresas independientes con personalidad jurídica propia y distinta de las demás, sino una sola empresa "DIARIO EL PAÍS SL", que llevaba a cabo la edición y explotación del Diario El País, así como la prestación de servicios auxiliares de Internet y prensa, la impresión de periódicos y su comercialización publicitaria. En febrero de 2009 el Consejo de Administración del DIARIO EL PAÍS SL adoptó el acuerdo de transmitir íntegramente la rama de actividades relacionadas con todos los contenidos informativos del periódico a EDICIONES EL PAÍS SL. En ese mismo mes acordó que la actividad de producción e impresión del periódico se segregara a PRESSPRINT SL, que llevaba a cabo todas las publicaciones del GRUPO PRISA y también otras no pertenecientes a dicho grupo, como la voz de Galicia.

3. - La sentencia de esta Sala Cuarta de 14 de febrero de 2011, casación 130/2010 , confirmó la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda en la que se interesaba, entre otros extremos, se declarara el derecho de los trabajadores a que su empresa sea DIARIO EL PAÍS SL -habían sido transferidos a las distintas empresas que se segregaron- y que todas las empresas demandadas conforman una empresa unitaria en relación a todos ellos, consignando el siguiente razonamiento: "Los procesos de descentralización productiva o segregación de actividades que inicialmente eran desempeñadas por la empresa matriz tienen su apoyo constitucional en el derecho a la

libertad de empresa que consagra el artículo 38 CE , derecho que tiene sus límites, entre otros, en los concurrentes de los trabajadores y con los que tales decisiones de exteriorización productiva pueden colisionar. Se trata entonces de una decisión empresarial que ha de resultar respetuosa con los derechos de los afectados. Por ello el artículo 44.1 ET afirma la posibilidad de llevar a cabo esos procesos sin que signifiquen la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior".

DUODÉCIMO.-1.- Tomando en consideración que el nacimiento de EDICIONES EL PAÍS SL y PRESSPRINT SL obedecen a un fenómeno de descentralización o externalización productiva, la realización por PRESSPRINT SL de la impresión de los periódicos no es sino la ejecución de parte del ciclo productivo de las empresas editoras, ahora externalizado. Dicha actividad comporta que entre las empresas editoras y la empresa dedicada a la impresión haya de formalizarse un contrato mercantil, que supone la existencia de unas empresas principales -las empresas editoras ahora demandadas-, y una empresa contratada, PRESSPRINT SL, para la ejecución de una fase del ciclo productivo de las empresas principales.

2.- Hay, por tanto, una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en la empresa contratista -PRESSPRINT SL- y las empresas principales -EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA- ya que están vinculados directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral. Por dicho motivo la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectado por la actuación de los empresarios principales y, en consecuencia, habrán de ser protegidos frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga, ya que en caso contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores. Tal y como ha establecido la STC 75/2010, de 19 de octubre de 2010 : " Y a este desamparo se llega, precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la

prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil".

3. - Sentada la existencia de relación mercantil entre las demandadas -empresas principales y empresa contratista- y, constatada que ha sido la actividad de las empresas principales, consistente en la contratación con otras empresas la impresión de los diarios durante los días de huelga, la que ha vaciado de contenido el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores de PRESSPRINT SL, forzoso es declarar que han sido dichas empresas las que han vulnerado los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores, con las consecuencias que se determinarán.

DÉCIMO TERCERO.- 1.- A mayor abundamiento hay que poner de relieve la existencia de otra circunstancia, a la que se aludió con anterioridad, que torna más intensa la relación de las citadas empresas entre sí, que es la pertenencia a un mismo grupo empresarial, al GRUPO PRISA.

2.- En relación con el concepto de grupo de empresas y los efectos que la existencia del mismo puedan tener en el ámbito laboral la sentencia de esta Sala de 27 de mayo de 2013, casación 78/2012 ha señalado:

"1.- En primer lugar han de destacarse -como ya hicimos, entre otras muchas, en la STS 25/06/09 rco 57/08 - las escasas referencias legales a las diversas manifestaciones de la concentración de capitales y fuerzas empresariales [a las que nos remitimos] y en todo caso la falta de su regulación sistemática, tanto en el ámbito del Derecho Mercantil, como el Fiscal y en el del Derecho Laboral.

2.- Como consecuencia de tan escaso tratamiento, la cuestión primordial que se plantea es la de configurar lo que en la terminología mercantilista se conoce por «grupo de sociedades» y que en el campo laboral es generalmente denominado «grupos de empresas». Siguiendo la doctrina especializada hemos de decir que supone una forma de vinculación empresarial más intensa que las uniones consorciales, sindicatos y cárteles, pudiendo definirse -tal «grupo»- como el integrado por el «conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria». Así pues, el mismo se caracteriza por dos elementos: a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito

patrimonial [mantienen la titularidad del patrimonio] cuanto en el organizativo [se estructuran por sus propios órganos]; y b) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras [política empresarial común], bien sea en términos de control [grupos verticales o de subordinación] bien en los de absoluta paridad [grupos horizontales o de coordinación].

3.- El componente fundamental -de dificultosa precisión- es el elemento de «dirección unitaria». Para la doctrina mercantilista no basta -para apreciar su existencia y la consiguiente del grupo- la simple situación de control o dependencia societaria [por la titularidad de las acciones o participaciones sociales; y por la identidad de los miembros de órganos de administración], sino que es preciso que «la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común». Pero en el campo del Derecho del Trabajo -nacional y comunitario-, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario.

4.- Éste es el concepto amplio que sigue el art. 42.1 CCo , al entender que una sociedad es «dominante» de otra [«dominada» o «filial»] cuando posee la mayoría de capital, la mayoría de votos o la mayoría de miembros del órgano de administración; concepto amplio que se desprendía también del art. 4 LMV [Ley 24/1988, de 24/Julio ; en su redacción anterior a la Ley 47/2007, de 19/Diciembre], cuando disponía que «se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás»; en la misma línea se encuentra el art. 2 RD 1343/1992 [6/Noviembre , de desarrollo de la Ley 13/1992, de 1/Junio, sobre entidades financieras], al preceptuar que para «determinar si existe una relación de control se atenderá a los criterios previstos en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores »; en similar sentido-, aludiendo a la concreta «unidad de decisión» se refiere el art. 78 LCoop [Ley 27/1999, de 16/Julio ]; en parecidos términos se manifestaba el art. 87 LSA [ya derogada por el RD Legislativo 1/2010], al normar que «se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría

de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación»; más sencillamente, el actual art. 4 LMV [redacción proporcionada por la aludida Ley 47/2007 ], dispone que «[a] los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio »; y en igual sentido se indica en el art. 19 del TR de la Ley de Sociedades de Capital [indicado RD Legislativo 1/2010, de 22/Diciembre], que «[a] los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio , y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otra».

Por otra parte ha de destacarse que nuestra tendencia legislativa es coincidente con la del Derecho comunitario, expresada en los arts.1.2 ° y 2 de la Directiva 7ª [13/Junio/1983] y en el art. 2 de la Directiva 94/45/CE, de 22/Septiembre/1994 [traspuesta a nuestro Derecho por referida Ley 10/1997, de 24/Abril] y para el que «1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: ... b) "grupo de empresas": un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas». En todo caso hemos de destacar que la concepción amplia del «grupo» responde a las recomendaciones del «Forum Europaeum»".

OCTAVO.- 1.- Todos estas deficiencias definitorias y de regulación no han impedido un copioso tratamiento Jurisprudencial de la materia, que parte de las SSTs de 05/01/68 y 19/05/69 y en el que se ha pasado de una inicial concepción en la que la pertenencia al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral [porque se acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo], sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos [a virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley], al más moderno criterio [muy particularmente desde la STS 03/05/90 que sistematiza la doctrina], que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales".

3.- El asunto ahora examinado se encuadra dentro de los supuestos especiales, a los que alude la sentencia anteriormente transcrita, que admite la trascendencia laboral del grupo de empresas en ciertas circunstancias.

Al GRUPO PRISA pertenecen, entre otros, EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA y PRESSPRINT SL, siendo el único socio de esta última EDICIONES EL PAÍS SL, que cuenta con el 100% de su capital social y actúa como administrador único. La empresa PRESSPRINT SL tiene como cliente mayoritario, en un porcentaje superior al 70% al GRUPO PRISA. Tales datos permiten inferir que EDICIONES EL PAÍS SL es la empresa dominante respecto a PRESSPRINT SL ya que posee, no solo la mayoría del capital, sino también el control del órgano de administración. Estas especiales circunstancias nos permiten concluir que existe responsabilidad de las empresas editoras, integrantes del GRUPO, respecto a la incidencia que en el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores de PRESSPRINT SL, han tenido sus actos, consistentes en contratar con determinadas empresas la impresión de los diarios -que siempre había realizado PRESSPRINT SL- durante los días en que los trabajadores de esta última empresa permanecieron en huelga. Teniendo en cuenta las complejas relaciones existentes entre todas las empresas del Grupo, la interrelación de su conducta y la incidencia de la actuación de cada una de ellas en las demás, se aprecia que ha existido por parte de las empresas demandadas vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga. Procede, ante la inescindibilidad de la respectiva responsabilidad en la producción del evento dañoso, la condena solidaria de las demandadas.

4.- Un último apunte respecto al grupo de empresas nos conduce a reproducir la doctrina de esta Sala, a partir de la precitada sentencia de mayo de 2013, casación 78/2012 que ha señalado:

"Desarrollando más estas últimas afirmaciones hemos de indicar que la jurisprudencia tradicional de la Sala parte del principio de que el «grupo de sociedades» es una realidad organizativa en principio lícita; y que «el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de

responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995 , la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001 , configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades» ( SSTs 03/11/05 -rcud 3400/04 -; y 23/10/12 -rcud 351/12 -).

Doctrina que ciertamente ha de mantenerse en su primera afirmación -la de que el «grupo» es una organización en principio ajustada a Derecho-; pero que ha de rectificarse en su segundo inciso, el relativo a que el «grupo de empresas a efectos laborales» no es coincidente con el propio del Derecho Mercantil. Y ha de ser rectificada, porque el concepto de «grupo de empresas» ha de ser -y es- el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos -mercantil, fiscal, laboral- pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente, como veremos, en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del «grupo» cuando en el mismo concurran los factores adicionales que posteriormente referiremos.

DÉCIMO CUARTO.- 1.- No se opone a tales conclusiones el razonamiento contenido en la sentencia de instancia que entiende que en el ejercicio del derecho de huelga debe existir un cierto equilibrio entre el daño soportado por .los huelguistas y el daño sufrido por la empresa, citando en apoyo de dicho razonamiento sentencias del TC y de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, poniendo de relieve que mientras el daño sufrido por los trabajadores -pérdida de salarios- asciende a 40.132 E, las ganancias dejadas de percibir por PRESSPRINT SL han ascendido a 345.227Ž 23 E.

2 .- Hay que señalar que ni la regulación legal, ni la interpretación que de la misma efectúa el TC y esta Sala Cuarta, califican la vulneración del derecho de huelga atendiendo al equilibrio que suponga el daño sufrido por los huelguistas y el sufrido por la empresa.

A este respecto hay que señalar que la STC 11/1981, de 8 de abril , aborda, entre otros, la denunciada inconstitucionalidad del artículo 7.2 del RD ley 17/1977, de 14 de marzo, razonando al respecto que:

"PARA TERMINAR DE ESCLARECER LA CUESTIÓN PROPUESTA, CONVENDRÁ PUNTUALIZAR LA MEDIDA EN QUE LOS MENCIONADOS TIPOS DE HUELGA PUEDEN SER EN OCASIONES ABUSIVOS. PARA COMPRENDERLO DEBIDAMENTE NO DEBE PERDERSE DE VISTA QUE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL ACTUAL LA HUELGA ES UN DERECHO SUBJETIVO, LO CUAL SIGNIFICA QUE LA RELACIÓN JURÍDICA DE TRABAJO SE MANTIENE Y QUEDA EN SUSPENSO, CON SUSPENSIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO, LO CUAL SIGNIFICA QUE LA RELACIÓN JURÍDICA DE TRABAJO SE MANTIENE Y QUEDA EN SUSPENSO, CON SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SALARIO. SIGNIFICA, SIN EMBARGO, MAS COSAS, COMO SON QUE EL EMPRESARIO NO PUEDE SUSTITUIR A LOS HUELGUISTAS POR OTROS TRABAJADORES (CFR. ARTICULO 6.5), Y SIGNIFICA TAMBIÉN QUE EL EMPRESARIO TIENE LIMITADO EL PODER DE CIERRE, COMO SE DESPRENDE DEL ARTICULO 12 Y DE LO QUE MAS ADELANTE DIREMOS . EL DERECHO DE LOS HUELGUISTAS ES UN DERECHO DE INCUMPLIR TRANSITORIAMENTE EL CONTRATO PERO ES TAMBIÉN UN DERECHO A LIMITAR LA LIBERTAD DEL EMPRESARIO. EXIGE POR ELLO UNA PROPORCIONALIDAD Y UNOS SACRIFICIOS MUTUOS, QUE HACEN QUE CUANDO TALES EXIGENCIAS NO SE OBSERVEN, LAS HUELGAS PUEDAN CONSIDERARSE COMO ABUSIVAS. AL LADO DE LAS LIMITACIONES QUE LA HUELGA INTRODUCE EN LA LIBERTAD DEL EMPRESARIO SE ENCUENTRA EL INFLUJO QUE PUEDE EJERCER EN LOS TRABAJADORES QUE NO QUIERAN SUMARSE A LA HUELGA (CFR. ART 6.4) Y LA INCIDENCIA QUE TIENE EN LOS TERCEROS, USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE LA EMPRESA Y PUBLICO EN GENERAL, A QUIENES NO DEBEN IMPONERSE MAS GRAVÁMENES O MOLESTIAS QUE AQUELLOS QUE SEAN NECESARIOS. EN ESTE SENTIDO PUEDE CONSIDERARSE QUE EXISTE ABUSO EN AQUELLAS HUELGAS QUE



CONSIGUEN LA INELUDIBLE PARTICIPACIÓN EN EL PLAN HUELGUÍSTICO DE LOS TRABAJADORES NO HUELGUISTAS, DE MANERA QUE EL CONCIERTO DE UNOS POCOS EXTIENDE LA HUELGA A TODOS. OCURRE ASÍ SINGULARMENTE EN LO QUE EL ARTICULO 7.2 LLAMA HUELGAS DE TRABAJADORES QUE PRESTAN SERVICIOS EN SECTORES ESTRATEGICOS, PUES LA PROPIA LEY ACLARA QUE ES UN ELEMENTO DEL TIPO LA FINALIDAD DE INTERRUMPIR EL PROCESO O IMPONER LA CESACION A TODOS POR DECISIÓN DE UNOS POCOS".

Por su parte, la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 2012 , se limita a examinar si los servicios de seguridad y mantenimiento fijados por una empresa de ascensores ampliaron injustificadamente el límite legal del derecho de huelga, concluyendo que si que ha existido dicha ampliación injustificada, sin hacer alusión alguna a esa proporcionalidad en los daños que la huelga acarrea a empresa y trabajadores, a los que alude la sentencia impugnada.

3.- Por último hay que señalar que en el caso examinado no se ha seguido por parte de los trabajadores ninguna de las "modalidades" de huelga proscritas por el artículo 7.2 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo , consideradas actos ilícitos o abusivos, a saber, huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, la de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga.

No es ocioso recordar que no estamos enjuiciando la legalidad de la huelga de los trabajadores, cuestión no planteada, sino si el comportamiento de las demandadas ha supuesto una vulneración de los derechos de huelga y de libertad sindical y las consecuencias que de ello se siguen, de estimarse este extremo, ya que este es el objeto del pleito.

DÉCIMO QUINTO .- 1.- Sentado que se ha producido una vulneración de los derechos de huelga y de libertad sindical, resta por analizar los pedimentos 1 y 3 de la demanda referentes al abono de una indemnización a los trabajadores que secundaron la huelga y al sindicato CCOO.

2.- Respecto al importe de la indemnización que puede corresponder al sujeto que ha visto lesionado el derecho fundamental de huelga y libertad sindical, es decir la cuantificación del daño, la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2013, recurso 89/2012 , reiterando el contenido de la sentencia de 12 de diciembre de 2007, casación 25/2007 , ha establecido:

"La lesión de un derecho fundamental determina normalmente la producción de un daño en la medida en que esa lesión se proyecta lógicamente sobre un bien ajeno. De ahí que el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral , al regular el contenido en la sentencia estimatoria de la demanda de tutela de un derecho fundamental, establezca que, previa declaración de nulidad radical de la conducta lesiva, se ordenará el cese inmediato de comportamiento antisindical, la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión y "la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera". En el caso concreto de la lesión del derecho a la libertad sindical, como consecuencia de una lesión más directa al derecho de huelga en la vertiente que afecta al sindicato convocante, los daños pueden ser tanto económicos, como morales. Puede haber un daño económico en la medida que la lesión ha podido actuar determinando el fracaso de la huelga o provocando una dificultad añadida a ésta con las consecuencias que de ello podrían derivarse para la esfera patrimonial del sindicato. Pero la parte no pide la reparación de daños patrimoniales, sino que, como se ha dicho, se limita a solicitar una indemnización de los morales. Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad (STS, Sala I, 25- 6-1984); daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas ( STS, Sala I, 20-2-2002 ), habiéndose referido ya a las lesiones al prestigio mercantil de una persona jurídica la sentencia de dicha Sala de 31 de marzo de 1930 . 1930).- Pero el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso. Así se desprende de la doctrina de esta Sala, que, rectificando el criterio anterior sobre el denominado carácter automático de la indemnización ( STS 9.6.1993, recurso 5539/1993 ), estableció que "no basta con que quede acreditada la

vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización.... para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase". - Esta doctrina fue establecida por la Sentencia del Pleno de la Sala de 22 de julio de 1.996 (recurso 7880/1995 ), que ha sido seguida por las sentencias de 9 de noviembre de 1998 recurso 1594/1998 , 28 de febrero de 2000, recurso 2346/99, siendo el actor una persona física ; 23 de marzo de 2000, recurso 362/99 ; siendo el accionante una persona física; 11 de abril de 2003, recurso 1160/01, siendo el accionante persona jurídica ; 21 de julio de 2003, recurso 4409/02 , siendo el accionante persona física. Es importante precisar que esta doctrina no ha sido afectada por la STC 247/2006, que anuló la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 2.003, pues la decisión del Tribunal Constitucional deja a salvo la exigencia jurisprudencial de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria". La estimación del amparo se produce porque en ese caso el Tribunal Constitucional considera debía entenderse cumplida, a través de la alegación de unos hechos que, por "su intensidad y duración" constataban la existente de "un maltrato o daño psicológico". No se pone, por tanto, en cuestión en la STC 247/2006 la doctrina de esta Sala sobre el carácter no automático de la indemnización, sino su aplicación en un caso concreto".

3. -Respecto a los elementos que han de tomarse en consideración para determinar el importe del daño, la precitada sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2013, recurso 89/2012, señala lo siguiente: "En resumen: lo que el TC afirma es que la cuantificación del daño o perjuicio derivado de la conducta infractora del derecho fundamental en cuestión se puede y debe basar en las propias características (gravedad,

reiteración y otras circunstancias concurrentes) de dicha conducta infractora, que ha sido objeto de prueba en el proceso. Y, a partir de ahí, el propio FJ 7 añade que esos daños pueden ser tanto "económicos perfectamente cuantificables como daños morales..., de más difícil cuantificación pero cuya realidad (en el caso) no puede negarse", concretando que, entre esos daños morales, la demandante de amparo "sufre un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole".

La LRJS, en el artículo 179.3 , aplicable por razones cronológicas al supuesto examinado, establece los requisitos de la demanda en que se reclame por vulneración de un derecho fundamental y, en particular, los atinentes a los datos que han de constar en relación con la reclamación de daños y perjuicios.

DÉCIMO SEXTO.-1.- Los demandantes reclaman, en concepto de daños y perjuicios, una indemnización para cada uno de los trabajadores que secundaron la huelga, siendo su cuantía la correspondiente a la cantidad detraída por la empresa de sus retribuciones. Si bien es cierto que en la demanda se hace constar que tal reclamación obedece al concepto de daños materiales causados como consecuencia de su rebaja salarial, es lo cierto que no identifica a los destinatarios de tal indemnización ni fija la cantidad concreta que a cada uno corresponde, por lo que no procede condenar a las demandadas al abono de la citada indemnización, por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 179.3 LRJS .

2.- Reclaman asimismo, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de 100.000 € para el sindicato accionante CCOO. Razona que dicha cantidad se reclama al considerar el sindicato conculcado su derecho de libertad sindical por las demandadas, debido a la conducta antisindical seguida, que dejó sin efecto la huelga convocada por el comité de empresa, en el que la representación única la ostenta CCOO. Continúa razonando que: "La conducta de la empresa desactivando la huelga mediante las sustituciones de los trabajadores huelguistas constituye un descrédito y una pérdida de credibilidad del sindicato CCOO como convocante de la huelga y parte en las negociaciones del proceso de despidos en el que se encontraba la empresa. Por ello,

basado en criterios de razonabilidad y atendiendo al repudio social, la transgresión del derecho fundamental violentado, así como a la salvaguarda del libre ejercicio de los derechos fundamentales, esta parte considera que procede la imposición de una cuantía indemnizatoria tendente a resarcir el daño causado, tomando como criterio la cuantía de la sanción prevista para esa infracción en materia de relaciones laborales como falta muy grave ( art. 8.10 LISOS ), conforme al artículo 40.1c) de la LISOS ". Señala que dicha cuantía se reclama en concepto de daños morales que tratan de lograr la satisfacción del interés lesionado mediante la necesaria tutela reparadora que, de un lado, permita la restitución de la confianza y credibilidad de la acción sindical y, por otro, cumpla el objetivo profiláctico de conservación del estado de libertad sindical, devolviendo al Sindicato las armas que le son propias y los instrumentos de tutela de sus derechos..

El demandante ha proporcionado todos los datos que para la fijación de la indemnización por vulneración de un derecho fundamental exige el artículo 179.3 LRJS, acudiendo como criterio orientativo, a fin de fijar el "quantum" indemnizatorio al artículo 8. 10 de la LISOS , RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que califica tal conducta de falta muy grave y al artículo 40.1 c) de dicho texto legal , que establece la cuantía de la sanción.

La precitada sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2013, recurso 89/2012 , en relación con esa forma de fijar el importe indemnizatorio, contiene el siguiente razonamiento:

"A continuación, en el mismo FJ 7, el TC hace otra afirmación de gran importancia: que es válido y razonable tomar como referencia para cuantificar la indemnización debida el montante de la sanción establecida para la infracción del derecho fundamental en cuestión por la LISOS (Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), revalidando así la doctrina del TS también en este punto (un ejemplo reciente de aplicación de ese instrumento referencial de la LISOS en STS de 15/2/2012, Rec. Cas. 67/2011 )"

3.- . Es doctrina de esta Sala que, en principio, la cuantificación de los daños es algo que corresponde al juzgador de instancia y que solamente debe ser revisada si es manifiestamente irrazonable o arbitraria. Así, la STS de 25/1/2010 (Rec. Casación 40/2009 ) afirma: " conforme a nuestra doctrina ( STS de 16 de marzo de 1998 (Recurso 1884/9 ) y 12 de diciembre de 2005 (Recurso 59/05 ) el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias del caso, fijará el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable".

En la sentencia impugnada, al ser desestimatoria de la demanda, no se ha fijado cantidad alguna en concepto de indemnización, por lo que la Sala ha de proceder a establecer la misma, atendidas las circunstancias del caso. Los datos que han de tomarse en consideración para determinar la indemnización correspondiente son los siguientes: a) La gravedad de la conducta de las demandadas, consistente en la vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores de PRESSPRINT SL; b) La intensidad de la misma, ya que la contratación con otras empresas alcanzó a la impresión de la totalidad de las publicaciones de las empresas editoras; c) La reiteración de la conducta, pues la contratación con otras empresas se extendió a todos los días de huelga, a saber, los días 13, 14, 15, 19, 20 21, 22, 23, 26 y 27 de diciembre de 2012; d) El número de trabajadores afectados, ya que la huelga fue secundada por la totalidad de la plantilla de los dos centros de la empresa, el de Madrid (12 trabajadores) y el de Barcelona (80 trabajadores); e) El efecto que produjo que supuso que, no solo cercenó la presión que los trabajadores pueden ejercer con la huelga, sino que privó de visibilidad a la misma; f) El descrédito y pérdida de confianza que ha originado en el sindicato convocante de la huelga pues ante la ciudadanía la misma pasó totalmente inadvertida.

Tomando en consideración las circunstancias concurrentes anteriormente consignadas y la idoneidad del parámetro utilizado por la accionante para cuantificar su reclamación de daños y perjuicios, sin que por las recurridas se haya formulado alegación alguna respecto al "quantum" indemnizatorio reclamado, la Sala concluye que procede estimar el tercer pedimento de la demanda y fijar a favor del sindicato CCOO la cantidad de 100.000 €, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

DÉCIMO SÉPTIMO .- Por todo lo razonado procede estimar en parte el recurso interpuesto, casar y anular la sentencia recurrida y estimar en parte la demanda formulada.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos en parte el recurso de casación interpuesto por la representación letrada de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 29 de julio de 2013 , en el procedimiento número 276/2013, seguido a instancia de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS frente a EDICIONES EL PAÍS SL, DIARIO AS SL, ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS SA y PRESSPRINT SL, sobre tutela de derechos fundamentales. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, estimando en parte la demanda formulada, declaramos que las demandadas han violado el derecho de huelga y de libertad sindical, condenando solidariamente a las citadas demandadas a que abonen al sindicato CCOO la cantidad de 100.000 €, en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE DICIEMBRE  
DE 2014**

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) se planteó demanda de tutela de derechos fundamentales, de la que conoció de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia: "por la que estimando íntegramente la presente demanda se declare que la actuación realizada por la Sociedad Estatal es contraria al Ordenamiento Jurídico y han constituido una vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente del derecho a la huelga, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, así como a abonar al sindicato demandante la cantidad de 1.000 € en concepto de indemnización, así como que se remita carta a cada empleado comunicando que la huelga convocada se ajusta a la legalidad vigente.".

SEGUNDO.- Admitida a tramite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO. - Con fecha la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda de tutela de derechos fundamentales interpuesta por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK contra SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SA debemos declarar y declaramos que ha lugar al amparo judicial solicitado y en consecuencia, que existe por parte de la entidad denunciada vulneración del derecho fundamental de huelga siendo su actuación radicalmente nula y ordenando el cese inmediato de su actuación que vulnere el derecho de huelga, disponiendo el establecimiento del sindicato LAB en la integridad de su derecho.".

CUARTO. - En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " PRIMERO.- El día 23 de Enero de 2012 el sindicato LAB presentó en las delegaciones de Trabajo en Vizcaya, Guipúzcoa, y Álava escrito de convocatoria de huelga que afecta a todos los sábados laborables, con carácter indefinido y fecha de inicio el 4 de



febrero de 2012, lo que comunicó asimismo a la Dirección de la 3ª Zona de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. La huelga se decide por representantes de los trabajadores de LAB en reuniones celebradas en Bilbao y San Sebastián el 17/1/2012, y en Vitoria el 19 del mismo mes. Previamente, en Bilbao, se celebró una reunión entre representantes de LAB y ELA, que tuvo lugar el 22/12/2011, en la que se acordó convocar huelga que afectaría a todos los sábados laborables comprendidos entre el 7 de Enero y el 22 de Diciembre, ambos inclusivos, del año 2012. La convocatoria de huelga no fue sometida ni puesta en conocimiento de la Comisión Paritaria del convenio colectivo. SEGUNDO.- Convocada inicialmente huelga en Navarra en los mismos términos que en las tres provincias vascas, fue desconvocada por LAB el 7 de Marzo de 2012. TERCERO.- El 17 de febrero de 2012 Correos remitió a los trabajadores una nota, titulada "Opinión empresarial sobre la huelga indefinida de sábados", en el que se decía que la huelga vulnera la normativa vigente convirtiéndola en ilegal y que quiere manifestar que considera que la huelga actualmente convocada es ilegal. CUARTO.- A partir del día 18 de Febrero de 2012 en el control de absentismo, se grabó la ausencia en la máquina con la clave HI, que significa huelga ilegal, mientras que los días 4 y 11 de Febrero se había grabado con la clave HH, diferente a aquélla, como es obvio. A partir del 18/2/2012 varios trabajadores dejaron de secundar la huelga, disminuyendo el seguimiento. Se han cumplido las previsiones legales."

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por el Abogado del Estado en la representación de la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A., basándose en los siguientes motivos:

Primero.- Error en la apreciación de la prueba respecto al hecho probado primero al amparo del artículo 207 d) de la L.J .S.

Segundo.- Error en la apreciación de la prueba respecto al hecho probado tercero al amparo del artículo 207 d) de la L.J .S.

SEXTO.- Por providencia de ésta Sala se procedió a admitir a trámite el citado recurso y habiendo sido impugnado el recurso, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar procedente el recurso en sus motivos primero y tercero e improcedente en cuanto al motivo segundo, se declararon conclusos

los autos, señalándose para la votación y fallo el día 9 de diciembre de 2014, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por Langile Abertzaleenb Batzordeak (L.A.B.) se promovió demanda de Conflicto Colectivo frente a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. en cuyo suplico solicita que: "Estimando íntegramente la presente demanda se declare que la actuación realizada por la Sociedad Estatal es contraria al Ordenamiento Jurídico y han constituido una vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente del derecho a la huelga, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, así como a abonar al sindicato demandante la cantidad de 1.000 € en concepto de indemnización, así como que se remita carta a cada empleado comunicando que la huelga convocada se ajusta a la legalidad vigente." .La sentencia de la Audiencia Nacional estimó en parte la demanda y declara haber lugar al amparo solicitado y en consecuencia, existe por parte de la entidad demandada vulneración del derecho fundamental de huelga siendo su actuación radicalmente nula y ordenando el cese inmediato de su actuación que vulnere el derecho de huelga, disponiendo el establecimiento del sindicato LAB en la integridad de su derecho.

Frente a la anterior sentencia recurre la Abogacía del Estado en la representación legal que ostenta de la demandada, instrumentando su recurso a través de tres motivos de los cuales los dos primeros se encabezan como fundados en el error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 207-d) de la LJS , la recurrente insta la modificación del ordinal primero en su párrafo segundo, a fin de sustituir su actual redacción por otra del tenor literal siguiente: "La huelga se decide por representantes del Sindicato LAB en la Junta de Personal Funcionario y en el Comité de

Empresa del personal laboral de Correos en reuniones extraordinarias celebradas en Bilbao y San Sebastián el 17/1/2012, y en Vitoria el 19 del mismo mes. ".

Al mismo tiempo solicita que se añada , en el citado ordinal un nuevo párrafo en los siguientes términos: "El Sindicato LAB no es parte de la Comisión Paritaria constituida para la correcta aplicación y desarrollo del III Convenio Colectivo de la

empresa ni de las Comisiones dependientes de ésta, como es la Comisión de Tiempo de Trabajo (art. 18 ), órgano competente para dar cumplimiento a los preceptos Convencionales que regulan el régimen del trabajo en sábados que motiva la huelga, es decir, lo previsto en el art 51 último párrafo del II Convenio, y punto "XII Tiempo de Trabajo. Distribución de la jornada. Supresión de servicios en sábados", último párrafo, del Acuerdo General 2009- 2013 de regulación de las condiciones de trabajo del personal de Correos de 5 de abril de 2011. En consecuencia, al Sindicato LAB le resultaba imposible hacer gestiones tendentes a dar solución al objeto del litigio".

Con respecto a dicho último párrafo no procede su adición por tratarse de hechos negativos que no pueden formar parte del relato histórico, sin perjuicio de que al razonar sobre la prueba las partes puedan sostener su posición con base en la falta de prueba de semejantes datos.

En cuanto a la sustitución de la redacción del párrafo segundo por la que se propone, la recurrente acude en apoyo de su pretensión al documento nº Uno de la parte demandada, en concreto páginas 3 y 4 para la convocatoria de Bilbao, 7 para la de Vitoria y 11 para la de San Sebastián y coincidente con los documentos Nº 11 a 13 de la parte actora.

Su objeto se limita en cuanto al párrafo segundo añadir que quien decide la huelga es la Junta de Personal Funcionario y en el comité de empresa del personal laboral de correos en reuniones extraordinarias, dejando incólume el resto de su contenido y efectivamente así resulta de los documentos reseñados, el Uno de la parte demandada, por lo que se accede a la modificación pedida.

TERCERO.- En el segundo motivo, también al amparo del artículo 207-d) de la LJS, la petición es de modificación del ordinal tercero, alterando la redacción de su párrafo primero y añadiendo dos nuevos párrafos.

La redacción propuesta para el párrafo primero sería la siguiente: "Tercero: El 17 de febrero de 2012 Correos remitió a los trabajadores a través de la Intranet de la Empresa (<https://conecta.correos.es>) una nota titulada "Opinión empresarial sobre la huelga indefinida de sábados, en la que se decía que la huelga vulnera la normativa

vigente convirtiéndola en ilegal y que quiere manifestar que considera que la huelga actualmente convocada es ilegal." .

La alteración del párrafo primero es una mera corrección del genero utilizado en un artículo a la que se accede.

En cuanto a los dos párrafos que se pretende añadir su tenor literal es el siguiente: "En el último párrafo de esa nota la empresa manifiesta que las anteriores consideraciones se realizan sin ánimo alguno de coacción o amenaza sobre el derecho fundamental de huelga del que los trabajadores son titulares y que la empresa respeta en su ejercicio regular y conforme al ordenamiento jurídico, en el entendimiento de que la sociedad estatal debe informar debidamente a sus empleados a fin de que quienes decidan libremente secundar los paros lo hagan con conocimiento previo de la postura empresarial acerca de la huelga convocada.

En la misma fecha en que se hizo pública la nota anterior, la empresa notificó al personal funcionario una Resolución dictada el día anterior, 16 de febrero de 2012, por el Director de Recursos Humanos de la empresa, en la que se declaraba ilegal en el ámbito funcional la huelga convocada" .

Para el párrafo primero de los dos cuya adición se pide el recurso invoca el apoyo de texto de la demanda, hecho segundo y el documento nº 7 de la demandada y efectivamente así resulta de los términos de la nota hecha pública que la demanda reproduce.

En cuanto al segundo párrafo de nueva incorporación y con la siguiente redacción: "En la misma fecha en que se hizo pública la nota anterior, la empresa notificó al personal funcionario una Resolución dictada el día anterior, 16 de febrero de 2012, por el Director de Recursos Humanos de la empresa, en la que se declaraba ilegal en el ámbito funcional la huelga convocada" , la recurrente acude al documento número 6 de la parte demandada en el que efectivamente se recoge lo actuado por la Dirección de Recursos Humanos, limitándose a los funcionarios, sin que su declaración se hiciera extensiva al ámbito laboral.

CUARTO.- En el tercer motivo, esta vez al amparo del artículo 207 e) de la L.J .S, alegando la infracción del artículo 28.1 y 2 de la Constitución Española , 3 y 11.b)

del Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo, el artículo 20.2 in fine del estatuto de los Trabajadores (E.T .) y los artículos 7.1 y 1281 en sus dos párrafos el Código civil en relación con la jurisprudencia.

La cuestión objeto de debate deber resumirse en si hubo conculcación del derecho de libertad sindical y de huelga debida a la nota divulgada por la empresa que reproduce el ordinal tercero de la declaración de hechos probados.

Cifra la recurrente su argumento en dos aspectos que considera básicos. El primero, que la huelga es ilegal de modo patente por novatoria, y asimismo que no cabe apreciar vulneración de la libertad del sindicato accionante por cuanto este no fue el convocante de la huelga sino que ésta se produce por voluntad de un conjunto asambleario.

Afirma la sentencia que nos hallamos ante una huelga que presenta indicios de ilegalidad por su objeto novatorio y su convocatoria irregular, habiendo omitido el trámite ante la Comisión Paritaria, no obstante lo cual la declaración de ilegalidad de querer obtenerla la empresa deberá acudir a otro proceso.

Con acierto recuerda el Ministerio Fiscal al informar sobre la procedencia del recurso que la afirmación relativa a la posición del Sindicato demandante en la convocatoria de huelga deberá ser rechazada por tratarse de una cuestión nueva, no planteada en la instancia y en cuanto a la posibilidad de oponer la empresa la ilegalidad de la Huelga, y aun partiendo de que el artículo 178.1 de la L.J .S. no permite acumular otra acción contra el demandado ni éste a su vez ejercitar otra acción por medio de acción o reconvención también ha de considerarse el artículo 85.3 de la L.J .S. que establece: "Únicamente podrá formular reconvención cuando la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa o resolución que agote la vía administrativa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta. No se admitirá la reconvención, si el órgano judicial no es competente, si la acción que se ejercita ha de ventilarse en modalidad procesal distinta y la acción no fuera acumulable, y cuando no exista conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.

No será necesaria reconvencción en general cuando el demandado esgrima una pretensión que tienda exclusivamente a ser absuelto de la pretensión o pretensiones objeto de la demanda principal, siendo suficiente que se alegue en la contestación a la demanda. Sin embargo, dadas las circunstancias en las que se desarrolló la actuación de las partes tampoco se sientan las bases para que la Sentencia recurrida adoptara una postura decisiva y en su lugar se limita a la constatación de indicios y solo respecto de esa percepción cabe formular una respuesta equilibrada a la cuestión que se plantea.

Efectivamente, no cabe entrar a resolver a través de la acción ejercitada sobre la ilegalidad de la huelga por no ser objeto de la misma. Ello no impide sin embargo efectuar, como lo hace la sentencia recurrida, una valoración *prima facie* de las condiciones en las que se desarrolla la huelga al objeto de determinar, por comparación, en que medida la actitud de la empresa supone una inmisión coactiva y a resultados de la misma el daño que ha podido causar en la libertad del sindicato demandante restringiéndola.

La sentencia recurrida advierte indicios de ilegalidad en la posibilidad del fin novatorio de la huelga y en la forma de convocarla, eludiendo la Comisión paritaria. Como decíamos al principio ni la Sala de instancia ni la de casación están llamadas a resolver sobre una acción acerca de la ilegalidad de la huelga que nadie ha ejercitado pero en cambio si se debe tener en cuenta a la hora de sopesar la conducta de la empresa cuanto hay de razonable en la apreciación del entorno conflictivo para así mejor decidir sobre lo inocuo de aquella conducta.

Esa mención valdría para justificar la posición de la demandada, pero existe además un criterio jurisprudencial al respecto, sin perjuicio de la delicada casuística que estos supuestos puedan presentar. Criterio que sirvió para fundar el Fallo de la S.T.S. de 22-10-2002 (Rec. 48/2002 ) en la que no se consideró que suponga coacción o amenaza la calificación hecha por la empresa de que la huelga anunciada es de carácter abusivo e ilícito, sino simplemente la consideración que hace la empleadora sobre el carácter de la huelga, y en la S.T.S. de 23-12-2012 (Rec. 46/2003 ) también se afirma que "la simple expresión de que el movimiento colectivo se hallaba fuera de la ley y era abusivo no es, de por sí, atentatorio del derecho fundamental" .

En las presentes actuaciones existe constancia de la opinión vertida por la demandada, por otra parte coincidente con la valoración que de la huelga hace la sentencia, no combatida por el sindicato actor a través de la impugnación, como autoriza el artículo 211-1º de la L.J .S., pero no la hay de ninguna otra actuación que indique restricción o represalia ex post, comportamientos que en su caso habrían podido constituir limitación del derecho de huelga o de la libertad del sindicato actuante, nada de lo cual se acredita. Como añadía la S.T.S. de 23-12-2003 (R. 46/2003 ) ".....sin embargo, el anuncio, con anterioridad al propio ejercicio del derecho en cuestión, de que se adoptarían medidas disciplinarias contra quienes siguiesen la huelga en los términos en que había sido convocada, constituye, sin duda alguna una intolerable intimidación y coacción que no puede ser amparada desde una perspectiva jurídico-constitucional" . No consta una conducta de esas características o análogas capaces de traducir la nota de la empresa al ilícito contra el que se reclama, por lo que al no haberlo entendido así la Sala a quo, la sentencia incurre en las infracciones que el recurso denuncia.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso, sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.J .S.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el Recurso de Casación interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A., frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de septiembre de 2012, en autos 156/2012 , dictada en virtud de demanda formulada por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK, frente a SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y en su lugar dictamos otra en la que se desestime la demanda interpuesta por LANGILE

ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB), frente a SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A, absolviendo a la demandada. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### **9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2014**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por el letrado D. David Chaves Pastor, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS, se presentó demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando que se reconozca la vulneración de los Derechos Fundamentales de Libertad Sindical y Derecho de Huelga y se condene a la empresa Prisa Brand Solutions al pago de las siguientes cantidades en concepto de indemnización: 1) Indemnización a los trabajadores que secundaron la huelga con la cuantía correspondiente a la cantidad detraída por la empresa de sus retribuciones. 2) Al sindicato CC.OO, consecuencia de la estimación de los daños morales producidos, en la cuantía de 6.000 euros o, subsidiariamente, aquella que la Sala estime pertinente y ajustada a derecho.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 28 de noviembre de 2012 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por CC.OO contra PRISA BS



y habiendo lugar al amparo judicial solicitado, debemos declarar y declaramos que la demandada ha vulnerado los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga, y asimismo se declare radicalmente nula la actuación del empleador, ordenando el cese inmediato de tal actuación. Asimismo, debemos condenar y condenamos a PRISA BS a que abone la cantidad de 1.800 euros al sindicato CC.OO., en concepto de indemnización"

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO: La empresa demandada, integrada en el grupo PRISA, se encarga de dar cobertura de publicidad a las diferentes unidades de negocio del grupo Prisa, a través de tres soportes: a)medios impresos, b)internet y c)radiodifusión Además, en el seno de PRISA BS existen unidades organizativas (coordinación o producción y comercial) destinadas a cubrir cada una de las fases desde que se contrata la publicidad con un determinado anunciante hasta que se envíe a cada medio para su publicación o radiodifusión. La actividad publicitaria se ordena en tres áreas diferenciadas: producción prensa; gestión publicidad de El País y 5 Días y publicidad radio. - La empresa dispone, para la gestión de la publicidad, de una aplicación informática, denominada "S2i", que instrumenta un protocolo normalizado para su inclusión en el sistema, si bien los anuncios breves se gestionan mediante un programa informático denominado "AV". La publicidad de la radio se gestiona, además, mediante otro programa llamado "proeco", que suele activarse por los ocho trabajadores de la radio, si bien otros seis trabajadores de la empresa demandada gestionan también, mediante la aplicación "S2i", publicidad de la radio. La jefa de coordinación de la Dirección de Operaciones es doña Nicolasa , quien está en situación de IT desde el mes de agosto pasado, aunque mantiene algunas actividades profesionales en la empresa en situación de incapacidad temporal. - Doña Penélope es una de las tres jefas de equipo, que dependen de la señora Nicolasa . - Dicha señora, al igual que los demás jefes de equipo y también la señora Nicolasa , introducen publicidad, en algunas ocasiones, en la aplicación S2i. Segundo.- El comité de Empresa convocó para el día 28 de Septiembre de 2012 una huelga de 24 horas en todos los centros de trabajo de la empresa PRISA BS. Participaron en la huelga 82 trabajadores de una plantilla total de 219 trabajadores. En el departamento de publicidad de la demandada participaron en la huelga todos los

trabajadores menos la señora Penélope y un trabajador del diario As. Tercero.- Las funciones del departamento de Producción son fundamentalmente las siguientes: 1) Recepcionar las diferentes herramientas de publicidad mandadas por los diferentes clientes (Agencias, particulares, etc). 2) Gestionarlas y cursarlas en el sistema informático S2i. 3) Seguimiento del material y entrega de los materiales a la unidad correspondiente del grupo que se encarga de la producción de los materiales para su inserción en los diferentes medios. Normalmente las órdenes se cursan de un día para otro, salvo los viernes, en los que se da curso a las órdenes de sábado a lunes. Cuando concurre una situación excepcional, que no permite gestionar la publicidad mediante los protocolos normalizados, el Subdirector Comercial de "5 Días", remite directamente la publicidad al periódico, previa solicitud de autorización. Cuarto.- el día de la huelga, que era viernes, el personal que normalmente realiza sus funciones, no trabajó. Pese a ello, se gestionaron 14 órdenes de publicidad, frente a las 40 órdenes gestionadas el viernes 21-09-2012, introducidas mayoritariamente en el sistema por la señora Penélope . - Entre las órdenes citadas se incluye una, ejecutada por la señora Nicolasa , quien se encontraba en situación de incapacidad temporal. El subdirector comercial de la demandada remitió directamente publicidad a los periódicos el día de la huelga, sin que conste acreditada la concurrencia de circunstancias excepcionales para que no se protocolizaran en el sistema. El 28-09-2012 se introdujeron 33 órdenes de publicidad en radio, frente a las 40 introducidas el viernes anterior, de las que solo 25 se introdujeron en el sistema proeco. Se han cumplido las previsiones legales."

QUINTO.- Por la parte recurrente, se interpuso recurso de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparado en lo dispuesto en el artículo 207 d), de la Ley 36/11 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social, por entender que ha existido un error en la apreciación de la prueba.

Al amparo del art. 207 e) de la LRJS por entender que ha incurrido en infracción de lo dispuesto en los arts. 6.5 del Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo sobre Relaciones de Trabajo , que regula el derecho de huelga.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de que debe ser íntegramente desestimado el l recurso, se declararon conclusos los autos y se

señaló día para votación y fallo el día 4 de junio de 2014 quedando la Sala formada por cinco Magistrados.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.) presenta demanda de tutela de derechos fundamentales contra PRISA BRAND SOLUTIONS S.L. (PRISA BS) por la vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato actor y del derecho de huelga de los trabajadores, imputando a la empresa la sustitución del trabajo realizado por los trabajadores que secundaron la huelga convocada el día 28-9-2012 (publicidad en diversos medios informativos), utilizando cauces y procedimientos laborales que no son los habituales, con el objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga.

Consta en hechos probados, entre otros, que:

- La empresa demandada, PRISA BS, integrada en el grupo PRISA, se encarga de dar cobertura de publicidad a las diferentes unidades de negocio del grupo a través de tres soportes: a) medios impresos, b) internet y c) radiodifusión.

- Además, en el seno de PRISA BS existen unidades organizativas (coordinación o producción y comercial) destinadas a cubrir cada una de las fases desde que se contrata la publicidad con un determinado anunciante hasta que se envíe a cada medio para su publicación o radiodifusión.

- La actividad publicitaria se ordena en tres áreas diferenciadas: a) producción prensa; b) gestión publicidad de El País y 5 Días; y c) publicidad radio.

- La empresa dispone, para la gestión de la publicidad, de una aplicación informática, denominada "S2i", que instrumenta un protocolo normalizado para su inclusión en el sistema, si bien los anuncios breves se gestionan mediante un programa informático denominado "AV".

La publicidad de la radio se gestiona, además, mediante otro programa llamado "PROECO", que suele activarse por los ocho trabajadores de la radio, si bien otros seis trabajadores de la empresa demandada gestionan también, mediante la aplicación "S2i", publicidad de la radio.

- El comité de empresa convocó para el día 28-9-2012 una huelga de 24 hs. en todos los centros de trabajo de la empresa PRISA BS. Participaron en la huelga 82 de una plantilla total de 219 trabajadores. En el departamento de publicidad de la demandada participaron en la huelga todos los trabajadores menos una de las tres jefes de equipo y un trabajador del diario As.

- El día de la huelga, un viernes, el personal que normalmente realiza esas funciones, no trabajó. Pese a ello, se gestionaron 14 órdenes de publicidad, frente a las 40 órdenes gestionadas el viernes 21-09-2012, introducidas mayoritariamente en el sistema por la jefe de equipo indicada (entre las órdenes citadas se incluye una, ejecutada por una trabajadora que se encontraba en situación de incapacidad temporal).

El subdirector comercial de la demandada remitió directamente publicidad a los periódicos el día de la huelga, sin que conste acreditada la concurrencia de circunstancias excepcionales para que no se protocolizaran en el sistema. El 28-09-2012 se introdujeron 33 órdenes de publicidad en radio, frente a las 40 introducidas el viernes anterior, de las que solo 25 se introdujeron en el sistema PROECO.

La sentencia dictada en la instancia por la Audiencia Nacional, estimando en parte la demanda declara que la demandada ha vulnerado los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga, declara radicalmente nula la actuación del empleador y ordena el cese inmediato de tal actuación, si bien reduce la indemnización reclamada por el sindicato de 6000 euros a la cantidad de 1800 euros, y no acoge la solicitud relativa al abono de indemnización a los trabajadores huelguistas consistente en las cuantías detraídas por la empresa de sus retribuciones.

La sentencia razona que se vulnera el derecho de huelga cuando se sustituye unos trabajadores por otros, aunque sean internos, salvo que la actividad, realizada por los sustitutos durante la huelga, sea la desempeñada por ellos de modo normal y habitual. Por consiguiente, probado que el 28-9-2012 se introdujeron 14 órdenes de publicidad en el sistema, ejecutadas mayoritariamente por la jefe de equipo, concluye que dicha actividad vulneró el derecho de huelga de CCOO y de los trabajadores que la secundaron, aunque se haya probado que la citada señora introducía órdenes de publicidad en el sistema en otras fechas, ya que dicha actividad no era la habitual, como

demuestra el número de órdenes introducidas fuera de la huelga y las introducidas los días 28, 29 y 30 de septiembre, que es muy superior a las introducidas habitualmente, acreditando, de este modo, que el trabajo de esta Sra. se aplicó especialmente en ese fin de semana para suplir al máximo la actividad de los huelguistas.

A su juicio, también se ha demostrado que una trabajadora introdujo ese día una orden de publicidad estando de baja, lo que constituye una nueva vulneración del derecho de huelga, aunque la citada señora mantuviera ciertas actividades profesionales durante su baja, ya que esa mala práctica no suaviza el incumplimiento, que es especialmente grave si se tiene presente que era precisamente la jefa de coordinación del departamento. Y se ha probado que el día de la huelga el subdirector comercial de la demandada introdujo directamente publicidad en los periódicos, lo cual constituye una nueva vulneración del derecho de huelga, aunque se haya probado que lo hizo en otras ocasiones, porque el presupuesto era la concurrencia de circunstancias excepcionales, que exigían autorización en todo caso, no acreditadas el día de la huelga.

Finalmente, destaca que el día de la huelga se introdujeron 33 órdenes de publicidad en la radio sobre las 49 habituales, sin que se haya probado debidamente que se hizo por trabajadores no huelguistas que lo hacían habitualmente, aunque dicha prueba competía a la empresa.

En cuanto a la indemnización, desestima la petición relativa a la indemnización a los trabajadores y rebaja la cuantía solicitada para el sindicato.

SEGUNDO.- Recurre la empresa PRISA BS. e interesa en primer lugar, la revisión de los hechos probados siguientes:

La ampliación del Hecho Probado primero para que conste que los ocho trabajadores de la radio pertenecen a otra sociedad, la Sociedad Española de Radiodifusión, S.L., resultando trascendente la ampliación para acreditar que el día de la huelga no se sustituyó por la recurrente a ningún trabajador huelguista en el medio de Radiodifusión.

La ampliación del Hecho Probado Cuarto para que conste el origen de cada una de las 14 órdenes de publicidad de prensa gestionados en el sistema el día de la huelga,

lo que es importante a la hora de valorar la concurrencia o no de una conducta empresarial vulneradora del derecho de huelga.

La modificación del párrafo último del Hecho Probado Cuarto en el sentido de que las 33 órdenes de publicidad, y no solo 25, se introdujeron en el sistema Proeco, es decir, por los empleados de la Sociedad Española de Radiodifusión, S.L., resultando trascendental para que quede constancia que en el día de la huelga sólo introdujeron órdenes de publicidad los empleados de esta sociedad por lo que no se sustituyó a los trabajadores huelguistas.

Como señala el Ministerio Fiscal, ninguna de las revisiones de hechos debe ser aceptada aunque se fundamenten en documentos reconocidos por la parte demandante:

La primera ampliación resulta intrascendente porque de la redacción del Hecho Probado se deduce sin necesidad de ninguna ampliación que los ocho trabajadores de la radio no son trabajadores de la empresa recurrente, y además de tal adición en modo alguno puede concluirse lo que se pretende.

La segunda también resulta intrascendente para concretar el origen de las 14 órdenes de publicidad, pues lo que el Tribunal valora como esencial es que la mayoría - 8- fueron introducidos por la jefe de equipo Penélope cuando no era su actividad habitual.

Igualmente de intrascendente es el tercero para significar que todas las órdenes de publicidad -33- se introdujeran en el sistema Proeco y no solo 25, como se dice en el Hecho Probado cuarto, dado que lo importante, como destaca la sentencia, es que el personal de la Cadena Ser no tenía ese cometido, (no lo hacía habitualmente, según el F.J. Segundo), y así lo explica el sindicato recurrido CC.OO en el escrito de impugnación del recurso.

TERCERO.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 7/77 sosteniendo que la recurrente no ha incurrido en ninguna conducta que pueda ser calificada como vulneradora del derecho de libertad sindical ni del derecho de huelga ya que no sustituyó a huelguistas el día de la huelga, reiterando las alegaciones que ya expuso en la instancia y que han sido rechazadas fundamentalmente por la sentencia en el Fundamento Jurídico Segundo.

Con carácter subsidiario alega que no ha existido una relevancia trasgresora del derecho de huelga en la conducta empresarial, pues las irregularidades cometidas han tenido una escasa trascendencia para el desarrollo de la huelga, ya que a pesar de su mínimo seguimiento (82 trabajadores de un total de 219) consiguió un notable éxito al reducirse sustancialmente la actividad productiva.

Tal alegación como indica el Ministerio Fiscal, es insostenible al partir de un dato erróneo: la empresa tiene una plantilla total de 219 trabajadores pero dos unidades organizativas: producción y comercial y precisamene en la unidad de producción, única encargada de enviar la publicidad contratada a cada medio del grupo PRISA para su publicación o radiodifusión, el seguimiento de la huelga fue total, salvo la Sra. Penélope y un trabajador del diario AS, por lo que la actividad productiva debería haberse reducido aún más sustancialmente si la empresa no hubiera cometido las "irregularidades" acreditadas en los Hechos Probados.

En todo caso, el motivo decae a la luz de la doctrina adoptada por el Pleno de la Sala, en sentencia de 5 de diciembre de 2012 (Rc. 265/11 ) que resume la doctrina constitucional en los siguientes términos:

"Más problemas plantea el llamado "esquirolaje interno", entendido como la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa, en cuanto ni en el citado precepto ni en ningún otro del Real Decreto-Ley 17/1977, se establece algún tipo de limitación de las facultades empresariales de movilidad funcional. No obstante ello, el Tribunal Constitucional ya en la STC 123/1992 de 28 septiembre , enfrentado directamente con el "esquirolaje interno", dejó clara esta cuestión, y más recientemente en la STC 33/2011, de 28 de marzo , ratificó su doctrina al respecto, con razonamientos que estimamos de sumo interés para la solución de la controversia aquí suscitada. Así, en la STC 123/1992, de 28 de septiembre , se trató un supuesto en que el empresario cubrió los puestos de trabajo correspondientes a los huelguistas con trabajadores de la propia empresa que no eran huelguistas, que tenían una categoría profesional superior (algunos de ellos eran directivos) y que aceptaron voluntariamente desempeñar esas funciones, operación considerada lícita por el Magistrado de Trabajo de instancia, cuya sentencia fue confirmada por el Tribunal Central de Trabajo, porque "lo único que prohíbe el Real Decreto-ley 17/1977 es la sustitución con trabajadores no vinculados a

la empresa y, por tanto, nadie puede prohibir otra cosa porque lo que la ley no prohíbe lo permite" (Antecedentes 1º y 2º de la STC 123/1992 )."

"Frente a esta argumentación el TC comienza situando el problema jurídico-constitucional en los siguientes términos: "Se trata, en suma, de averiguar si la situación interna arriba descrita, que en apariencia es legal, pudiera haber devenido contraria a la Constitución, por quebrantar el derecho fundamental configurado en su art. 28 . La tensión dialéctica se produce así en dos sectores. Por una parte entre una interpretación literal y otra finalista de las normas, que a su vez refleja algo más profundo, la distonía de la libertad de empresa y la protección del trabajador. Una y otra perspectivas están en el umbral de la Constitución, que califica como «social» al Estado de Derecho en ella diseñado y sitúa la libertad en el lugar preeminente de los principios que la conforman". (FD nº 1). A continuación (FD nº 2) el TC afirma que "conviene saber como premisa mayor qué sea la huelga y cual su función social, aspectos ambos que constituyen con otros el sustrato y a la vez la justificación de su consideración como derecho fundamental" y, tras recordar la definición del Real Decreto-ley 17/1977, el TC añade: "Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la defensa de sus intereses./ En este diseño, el Real Decreto-ley mencionado más arriba recoge una vieja interdicción tradicional y repudia la figura del «esquirol», expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario. La interpretación a contrario sensu de esta prohibición parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores nos dice que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido. Esto es lo que en definitiva han dicho y hecho no sólo la Administración. sino también, y sobre todo, el extinguido Tribunal Central de Trabajo en la Sentencia que es objeto de este proceso. Sin olvidar el riesgo que entraña en si misma cualquier argumentación a contrario por su esencial ambigüedad, conviene traer



a colación que ha sido rechazada con entera convicción por el Tribunal Supremo en dos Sentencias (23 y 24 de octubre de 1989 ) a las cuales tendremos ocasión de aludir más adelante".

"Este es un punto fundamental: la legitimidad del esquirolaje interno no puede extraerse sin más a partir de una interpretación a contrario sensu de la prohibición explícita del esquirolaje externo. Y, a continuación (FD nº 3), el TC dice que tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de la movilidad funcional -habida cuenta de que se utilizaron trabajadores de otras categorías profesionales- porque: " Estos aspectos de la potestad directiva del empresario están imaginados para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología. La existencia de tales normas que, en principio, parecen configurar el reverso del rechazo de la sustitución externa en caso de huelga, ratificando positivamente el resultado de la interpretación a contrario sensu, tampoco ofrecen una solución inequívoca, para cuyo hallazgo se hace necesaria la ponderación de los intereses en pugna a la luz de los principios constitucionales respectivos ".

"Como conclusión de su razonamiento, el TC nos dice (FD nº 5): " El derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole -como a todos los de su grupo- una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros ( arts. 53 , 81 y 161 C.E .)/ La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la

potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores , (...) ".

"En la más reciente sentencia 33/2011, de 28 de marzo, el Tribunal Constitucional ratifica -como ya hemos anticipado- la trascrita doctrina sentada por la sentencia 123/1992 sobre prohibición de la sustitución interna de los trabajadores al ser consecuente ello con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego. Las actuaciones tuvieron su origen en una práctica de sustitución interna de trabajadores en la empresa Diario ABC, S.L., durante la huelga general del 20 de junio de 2002, imputándose por los demandantes a la empresa la lesión del derecho fundamental de huelga reconocido en el artículo 28.2 CE . El Juzgado de lo Social estimó la demanda confirmando que se produjo la vulneración del derecho fundamental invocado y procedió a fijar la indemnización correspondiente de los perjuicios ocasionados a los demandantes en el ejercicio del derecho. Sin embargo, el sucesivo recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada recibió favorable acogida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2004 , que negó la lesión del derecho de huelga y absolvió a la empresa de las denuncias formuladas en su contra, sentencia impugnada en demanda de amparo que dio lugar a que el Tribunal Constitucional se pronunciase al respecto estimando el amparo en la citada sentencia 33/2011 ."

En esta sentencia, el TC tras delimitar el objeto del proceso de amparo señalando que "la cuestión consiste en resolver si se vulneró el art. 28.2 CE por haber sido sustituidos los trabajadores huelguistas, como denuncian los recurrentes, por los directivos y jefes de área de su empresa, quienes, asumiendo las funciones de aquellos, lograron que se editase el diario "ABC" el día de la huelga del 20 de junio de 2002" (FD nº 4), y recordar la singular posición que ostenta el derecho de huelga en relación a otras medidas de conflicto colectivo, haciendo referencia al ya transcrito fundamento de derecho 5 de la sentencia 123/1992 , para adicionar que : "Por otra parte, como dijéramos en la decisiva STC 11/1981, de 8 de abril , que ha inspirado de forma continua los pronunciamientos posteriores de este Tribunal en la materia: "la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución , que entre

otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 de la Constitución , ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas ( art. 9.2 de la Constitución )." (FJ 9)."

"Y concluye: "Es clara la interpretación extensiva de la doctrina del TC con respecto al artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 , y la proscripción del "esquirolaje interno" cuando, tras los razonamientos expuestos, considera que : "los argumentos ofrecidos en la Sentencia impugnada no se corresponden con la delimitación y definición que del derecho fundamental de huelga ha realizado este Tribunal. En primer lugar, la Sala de lo Social parte de la consideración de que la conducta prevista en el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 se refiere únicamente a la "sustitución externa" de los huelguistas. Sin embargo, como ya ha quedado reseñado en el fundamento jurídico 4 de esta Sentencia, también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio. No cabe duda de que en el presente caso la edición, siquiera simbólica del diario (la tirada de aquel día fue de solo 29.800 ejemplares frente a la de los jueves precedente y posterior al de la huelga que fue de 250.000 ejemplares cada día -hecho probado quinto de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 10 de octubre-), era idónea para desactivar el efecto y la repercusión de la huelga legítimamente convocada." (FD nº 5).". "La empresa ABC tenía derecho, obviamente, a adoptar

una posición en contra de la huelga general del 20 de junio de 2002, y los jefes y directivos del periódico, en virtud de su libertad de trabajo ( art. 35.1 CE ), podían decidir no secundarla, pero tales derechos no les facultaban para realizar o tolerar actuaciones dirigidas a neutralizar y vaciar materialmente de forma sustancial el ejercicio concreto, en aquella fecha, del derecho fundamental de huelga de los recurrentes en amparo. La utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores con el fin de editar el periódico el día de la huelga -o, en su defecto, el consentimiento empresarial tácito o la omisión de toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse-, vulneró el art. 28.2 CE , al privar a la huelga seguida por los recurrentes de su plena efectividad como medio de presión colectiva". (FJ nº 7)."

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la letrada D<sup>a</sup> Elena Rubio Martínez de la Hidalga, en nombre y representación de PRISA BRAND SOLUTIONS, S.L.U. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 28 de noviembre de 2012, en autos nº 296/2012 seguidos a instancias de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS contra la empresa PRISA BRAND SOLUTIONS, S.L., sobre Tutela de Derechos Fundamentales. Con costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE 2014**

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Confederación Sindical CC.OO. de Euskadi, formuló demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre Tutela de Derechos Fundamentales, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare:

"1- Declare que ETB, S.A.U., vulneró el derecho fundamental de huelga del Sindicato CCOO y de los trabajadores de la Empresa, en el marco de la huelga general convocada para el día 14 de noviembre de 2012, al emitir el programa "DE BOCA EN BOCA" y sustituir trabajadores en huelga.

2- Declare la nulidad radical de la actuación de la empresa demandada.

3- Se condene a la demandada al abono de los salarios dejados de percibir por los trabajadores en huelga.

4- Se condene a la demandada a abonar, en concepto de daños y perjuicios al Sindicato CCOO una indemnización por importe de 25.001, euros.

5- Se condene a la demandada ETB, a proceder a la lectura del texto que la Sala estime prudente y que comprenda el fallo de la Sentencia".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se citó a las partes al acto del juicio con intervención del Ministerio Fiscal. Llegado el día y hora señalada se celebró el juicio con proposición y práctica de la prueba que las partes tuvieron por conveniente y la Sala estimó procedente.

TERCERO.- Con fecha 23 de abril de 2013, se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco , cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS: Se estima de forma parcial la demanda presentada por Confederación Sindical CC.OO. de Euskadi sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas contra Euskal Telebista (ETB SAU), declarando que ETB SAU vulneró el derecho fundamental de huelga del sindicato CCOO y de los trabajadores que lo ejercitaron en la empresa en el marco de la huelga general convocada para el día 14 de noviembre de 2012 al emitir el

programa De boca en Boca y el programa Ni más ni menos sustituyendo a trabajadores huelguistas, declarando la nulidad radical de la conducta de la demandada.

Se condena a ETB SAU al abono de los salarios dejados de percibir por los trabajadores que secundaron la huelga.

Se condena a ETB SAU a abonar al sindicato actor una indemnización por importe de 5000 euros.

Se condena a ETB SAU a proceder a la lectura del fallo de esta sentencia en los programas De boca en boca y Ni más ni menos en la fecha más próxima a la notificación de la firmeza de la presente sentencia y en la lengua correspondiente a la emisión de cada uno de estos programas".

CUARTO .- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1.- Las organizaciones sindicales CCOO, UGT, LSB-USO y CGT convocaron una huelga general para el día 14 de noviembre de 2012 que afectaba a las actividades laborales y de la función pública desempeñadas por los trabajadores y empleados públicos de todas las empresas y organismos dentro de ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma del País Vasco, independientemente del ámbito de la empresa o administración de la que dependan.

2.- La huelga en cuestión se convocó junto con movilizaciones generales de sindicatos proyectadas para la misma fecha en otros países europeos.

3.- La demandada Euskal Telebista (ETB) es el ente televisivo de Euskal Irratia Telebista (EITB), consorcio dependiente del Parlamento Vasco constituido como sociedad anónima, que cuenta, entre otros, con un centro de emisión y producción de informativos situado en la sede del grupo EITB en Bilbao (Paseo de Capuchinos 2), y un centro de producción de programas en San Sebastián (Paseo Miramón 172).

4.- Por orden de 8.11.12 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales (BOPV 12-11-12), que obra en autos, folios 13 a 22, se acordó respecto a las empresas de telecomunicaciones que operan en la CAPV, y en concreto en relación al servicio que presta ETB, calificado legalmente como servicio público esencial, que la no emisión de programas informáticos de contenido institucional, político o social limitaría el ejercicio

de los derechos y libertades de la ciudadanía, por lo que se indicaba como servicios a garantizar únicamente los servicios informativos diarios en su horario habitual.

5.- El sindicato demandante tiene una representación de dos miembros en el comité de empresa de la demandada.

6.- Don Juan Miguel, miembro del comité de empresa de ETB por dicho sindicato envió un correo electrónico a la demandada el 13.11.12 interesando que se facilitara la participación en la huelga a todo aquel trabajador que decidiese sumarse a ese llamamiento, destacando en la respuesta ofrecida por el Director de RRHH del ente, la necesidad de cumplir los servicios mínimos garantizándose la emisión sin que existiera un máximo, de modo que la programación prevista se emitiría en el supuesto en el que el seguimiento de la misma por los trabajadores no interfiera en el proceso productivo de la empresa.

7.- El 14.11.12 secundaron la huelga cinco trabajadores de ETB sobre un total de cuatrocientos veinticinco trabajadores computables.

8.- Entre aquellos trabajadores que ejercitaron su derecho a la huelga en la empresa demandada se encuentran Don Ángel , miembro del comité de empresa por el sindicato actor que ostenta la categoría de operador de 1ª y control de cámaras. Don Camilo , operador de 1ª técnico de video, y Don Domingo que es luminotécnico.

El primero de los trabajadores habitualmente tiene asignado turno de tarde (KK2 según la planificación) que es el horario en el que se graba y emite el programa De boca en Boca, ocupándose del control de cámara durante el mismo y también durante los informativos.

El Sr. Camilo trabaja en el centro de Miramón, en posproducción y montaje de videos en un horario que comienza a las 10 horas y concluye a las 18 horas, realizando el sumario del programa Ni más ni menos. Su planificación se modifica dos veces al año, a lo sumo tres.

El Sr. Domingo se ocupa de la iluminación de los programas en los que va rotando dado que no tiene asignado uno en concreto.

9.- La programación emitida por ETB el 14.11.12 es la que se transcribe en el hecho sexto de la demanda, que se tiene por reproducido, constando que entre otros programas se televisó De boca en boca, programa de opinión, debate y tertulia y también Ni más ni menos que no es un programa informativo.

10.- Dos días antes de la fecha señalada para la huelga, Don Ángel , miembro del comité de empresa de ETB por el sindicato CCOO, comunicó a la empresa que iba a secundarla, comunicación que efectuaron con tres días de antelación a dicha fecha los Srs. Camilo y Domingo .

11.- Doña Hortensia presta servicios para la demandada desde el 1.10.09 como operadora de 1º control de cámara, mediante un contrato de duración determinada a tiempo completo para sustituir a otro trabajador durante la reducción de jornada por cuidado de hijos.

12.- En la planificación de trabajo correspondiente al Sr. Ángel para la semana del 12 al 18 de noviembre de 2012 (folio 163) consta la asignación al mismo del turno de tarde los días 12, 13, 14 y 15 (nomenclatura KK2 en el listado de planificación) en tanto que los días 16, 17 y 18 figuran como festivos para este trabajador. Esta asignación significa que en el plató encomendado se ocupaba en el turno de tarde del control de cámara, de modo que el 14.11.12 estaba adscrito a ese turno y por tanto era quien iba a efectuar esa función en el programa De boca en boca.

La Sra. Hortensia según la planificación elaborada para la semana del 12 al 18 de noviembre (folio 163) le correspondía trabajar los días 12, 13, 14 y 15 de noviembre en turno de mañana (KK1), librando los días 16 a 18.

El 14.11.12 no consta otra planificación para el Sr. Camilo que el turno en el centro de Miramón que venía realizando: horario de 10 horas a 18 horas en PP (posproducción) y montaje de videos, ocupándose del sumario del programa NI más ni menos (folio 117).

El Sr. Domingo los días 12, 13 y 14 de noviembre estaba asignado para trabajar en el centro de Miramón para las grabaciones del programa Vaya Semanita.



13.- Unos días antes del 14.11.12, sin concretarse la fecha exacta pero conociendo la demandada que el Sr. Ángel iba a secundar la huelga del día 14 de noviembre, se cambió la planificación a la Sra. Hortensia , de modo que se le asignó ese día el turno de tarde (KK2), que era el atribuido al Sr. Ángel para toda esa semana salvo los días de descanso, de modo que fue esta trabajadora quien realizó la tarea de operador de 1ª y control de cámara que permitió la emisión del programa De boca en Boca, Obra en autos (folio 159) cómo quedó finalmente la asignación de turnos la semana del 12 al 18 de noviembre, documento elaborado por la demandada con posterioridad al 14 de noviembre.

El programa Ni más ni menos se emitió normalmente, tal y como consta en el hecho sexto de la demanda y se admite por las parte.

14.- La demandada introduce cambios en la planificación de turnos y servicios habitualmente para cubrir bajas médicas, permisos o licencias por diversas causas".

QUINTO .- Preparado recurso de casación por EUSKAL TELEBISTA-TELEVISION VASCA, S.A. (ETB), se ha formalizado, mediante escrito de fecha 11 de junio de 2013, en él se consigna el siguiente motivo: PRIMERO y SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 85.1, último párrafo del mismo cuerpo legal , en relación con el art. 24 de la CE . TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 24 de la CE . CUARTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 6.5 del Real Decreto 17/1977 de 4 de marzo . QUINTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción de los arts. 182 y 183.1 y 2 de la LJS.

SEXTO.- Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEPTIMO.- En Providencia de fecha 5 de marzo de 2014, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 23 de abril de 2014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Recurre en casación la empresa Euskal Telebista S.A. (ETB) la sentencia del TSJ del País Vasco que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Confederación Sindical de CCOO de Euskadi declara que se ha producido la vulneración del derecho fundamental de huelga de dicho sindicato y de los trabajadores que lo ejercitaron en el marco de la huelga general convocada para el día 14 de noviembre de 2012, al emitir la parte demandada un par de programas sustituyendo a trabajadores huelguistas por otros de la plantilla de la misma categoría y funciones, y condena a la parte demandada a cesar en esa conducta y a abonar a la parte demandante una indemnización de 5000 €, así como a dar lectura de su fallo en los programas donde se produjo.

Además de un motivo previo, formulado "con la finalidad de centrar el objeto de debate", el recurso contiene cinco motivos posteriores, con los que dice aquél que se denuncia "la existencia de dos modificaciones sustanciales de la demanda".

En dicho exordio no se menciona apoyo procesal para el mismo ni tampoco se postula modificación fáctica alguna ni se alude a ninguna infracción normativa o jurisprudencial por todo lo cual carece de eficacia como motivo propiamente dicho, independientemente del valor ilustrativo, explicativo o expositivo que ha pretendido dársele.

SEGUNDO.- El primer motivo, formulado con base en el art 207 c) de la LRJS , señala la infracción del art 85.1, último párrafo de la LJS (sic) en relación con el art 24 de la CE y "la jurisprudencia que analiza los mismos", sosteniendo que se ha llevado a cabo una modificación sustancial de la demanda "que no debió haber sido tomada en cuenta por la Sala Sentenciadora y que ha causado a esta parte indefensión" consistente, según explicaba anticipadamente en el motivo previo, en que aunque la demanda habla de tres trabajadores, sólo de uno de ellos, el Sr. Ángel (trabajador del programa "De boca a boca"), se denuncia que haya sido objeto de sustitución, de manera que respecto de los otros dos (Sres Camilo y Domingo ) la demanda no hace alusión alguna a que hayan sido también sustituidos, sino que sólo se les menciona como miembros de CCOO que ejercieron legítimamente su derecho de huelga.

A pesar de lo expresado y cuanto de más argumenta la parte recurrente, no es posible el acogimiento del motivo, toda vez que apareciendo en la sentencia recurrida un hecho octavo de su relato (y congruentemente con él, el décimo y el duodécimo) donde figura que entre los cinco trabajadores que ejercitaron su derecho a la huelga se encontraban los tres mencionados, precisando su categoría y puesto de trabajo, se tendría que haber propuesto la revisión de tal ordinal aportando la prueba acreditativa de lo que esa parte recurrente sostiene, y arguyendo, como hace aun sin efectuar dicha aportación, que por las causa sorpresiva que menciona esa prueba no pudo ser presentada antes. Por otra parte y en todo caso, respecto del Sr. Domingo ( Jose Augusto en la demanda), lo que el primer fundamento, apartado e), de la sentencia recurrida expresa lleva a la conclusión de que no se ha tenido en cuenta finalmente a los efectos en discusión, por lo que no podría alegarse dicha indefensión respecto del mismo.

Sentado lo anterior, que basta para la desestimación mencionada según se ha anticipado, debe repararse, por otra parte, que el argumento esgrimido para alegar la indefensión referida resulta insuficiente porque como indica nuestra sentencia de 15 de noviembre de 2012 (rcud 3839/2011 ) que la recurrida cita, "de acuerdo con la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, y como recuerda también el detallado informe del Ministerio Fiscal, la interdicción de la variación sustancial de la demanda tiene su raíz en el "derecho a no sufrir indefensión" en el desarrollo del proceso ( STS 18 de julio de 2005, rcud 1393/2004 ), el cual está dirigido a "garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca" ( STC 226/2000 , con cita de varias sentencias precedentes).

Siguiendo también nuestra jurisprudencia, la variación debe considerarse sustancial cuando afecta "de forma decisiva a la configuración de la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se funda" introduciendo con ello "un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a su vez de generar para la parte demandada una situación de indefensión" ( STS 9-11-1989 ). Y nada de esto, evidentemente, acontece en este caso, donde, por otro lado, en el hecho séptimo de la sentencia recurrida se manifiesta que secundaron la huelga cinco

trabajadores, de modo que todavía quedarían otros dos de los que nada se dice ni se precisa ahora en el recurso, no resultando en principio suficientemente inteligible dónde se produce la indefensión si manteniéndose, en su caso, la vulneración del derecho fundamental que se menciona en demanda únicamente se reduce alguno de los trabajadores afectados y no hay precisión del concreto alcance final de esa hipotética reducción, resultando, cuanto menos, razonable lo argumentado por la Sala de instancia en su precitado segundo fundamento de derecho para rechazar la existencia de la indefensión mencionada.

TERCERO.- El segundo motivo, con igual amparo procesal que el anterior, vuelve sobre el argumento de la indefensión, esta vez relacionado con el hecho séptimo de la demanda y hecho undécimo de la sentencia recurrida, sosteniendo que se produce una segunda modificación sustancial de la demanda porque se alegó "sorpresivamente en el acto de la vista" que la empresa " después (el subrayado es de la recurrente) de conocer que el Sr. Ángel iba a hacer huelga, cambió el turno de los trabajadores para que la Sra Hortensia trabajase el día de la huelga en el programa "De boca en boca" de forma que se pudiese emitir dicho programa", cuando la citada es trabajadora de la demandada desde el 1 de octubre de 2009 con la misma categoría que el Sr. Ángel y, por tanto, no fue contratada expresamente para el día de la huelga "sino que llevaba trabajando más de tres años en la empresa".

Este motivo ha de ser igualmente rechazado por las razones sustanciales que se han dado en el anterior, al no haberse solicitado la correspondiente revisión del relato de la sentencia recurrida ni constatarse tal indefensión ni su alcance, apareciendo en el hecho undécimo de la declaración fáctica lo que dice la recurrente en cuanto a la antigüedad de la Sra Hortensia pero con la adición en el ordinal décimotercero de que a dicha trabajadora únicamente se le cambió la planificación "de modo que se le asignó ese día el turno de tarde (KK2) que era el atribuido al Sr. Ángel para toda esa semana, salvo los días de descanso, de modo que fue esa trabajadora quien realizó la tarea de operador de 1ª y control de cámara que permitió la emisión del programa "De boca en boca", citando la sentencia el documento del folio 159 acreditativo de cómo quedó finalmente la asignación de turnos de la semana del 12 al 18 de noviembre, "documento elaborado por la demandada con posterioridad al 14 de noviembre", habiéndose emitido

el referido programa "normalmente, tal y como consta en el hecho sexto de la demanda y se admite por las partes". A nada de ello se le puede considerar una modificación sustancial que genera indefensión a la parte demandada y, en todo caso, vendría dado por un documento aportado por ésta, quien, para un asunto de las características del enjuiciado, pudo siempre acudir a la vista con toda la prueba relativa al mismo y no exclusivamente la referente a las estrictas alegaciones de demanda, o, en último término y en caso de auténtica y sustancial trascendencia, solicitar la adopción de las medidas procesales oportunas en el mismo acto de la vista razonando suficientemente lo conducente al efecto y advirtiéndolo, en otro caso, de su protesta -a la que, como ya se ha dicho, no se alude en el recurso- para que la Sala resolviese en ese momento. Lo cierto es que si en la demanda se decía (hecho séptimo) que la Sra Hortensia fue contratada el día de la huelga para sustituir al Sr. Ángel y en el juicio se rectificó ese error y así lo recoge ya la sentencia, no se percibe ninguna indefensión a la parte que, según ha quedado expresado, pudo comparecer en juicio con la prueba de que ello no era así y acreditativa de las demás circunstancias referentes a este punto que, por otro lado, en cuanto al error referido, queda subsanado en la sentencia.

CUARTO.- El tercer motivo, con base en el apartado e) del mismo precepto y norma que los anteriores, considera vulnerado el art 376 de la LEC en relación con el art 24 de la CE , "por vulneración de las reglas de la sana crítica y apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba testifical respecto al conocimiento de la empresa de la intención del Sr. Ángel de ejercitar el derecho de huelga antes de proceder a la modificación de los turnos del mismo y la Sra Hortensia para dicha semana de la huelga", arguyendo, en resumen y sustancia, que "el hecho de variar los turnos después de conocer que el Sr. Ángel haría huelga se ha dado por probado en la sentencia recurrida (hecho 13) y es la clave para que la Sala del TSJPV determinase que existe un supuesto de sustitución ilícita de trabajadores vulnerador del derecho de huelga, condenando a la empresa" y que "ahí se ha producido una incorrecta valoración de la prueba pues en ningún momento durante su declaración el Director de RRHH dijo que el cambio se produjo a posteriori....", a lo que añade la recurrente el contenido del hecho probado 10º de la sentencia recurrida para concluir que la variación de la planificación se produjo con carácter previo a conocer que el Sr. Ángel haría huelga.

Tal y como establece el art 207 de la LRJS en la relación que da para fundar los motivos de casación, el error en la apreciación de la prueba habrá de basarse "en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios" (apartado d), de manera que queda excluída de tal posibilidad la prueba testifical a la que se refiere y en la que se basa la parte recurrente para fundar este motivo, que ha de ser, en consecuencia, desestimado por tal causa, al no ser posible en casación la valoración de la prueba testifical, no cabiendo, por tanto, la operación que propone de ponerla en relación con el mencionado ordinal 10º de la declaración fáctica de la sentencia recurrida y seguir el proceso deductivo que lleve a la conclusión que sugiere, sin que, en fin, y por lo antedicho, pueda entenderse aplicable en esta fase el art 376 de la LEC , que se refiere, por lo que hace al proceso laboral, a la testifical en la instancia.

Y en cuanto a la jurisprudencia que cita en su apoyo (SSTS de 22 de julio de 2010 y 13 de noviembre de 2012), se trata, en primer lugar, de sentencias de otros órdenes jurisdiccionales (civil y contencioso administrativo respectivamente) en los que la casación posee su propia y diferenciada estructura, no previéndose en ninguno de ellos (arts 469 de la LEC relativo al recurso extraordinario por infracción procesal y 477 del recurso de casación y art 88 de la LJCA) ninguna motivación como la del antedicho art 207 d) de la LRJS , estableciéndose de todos modos en esas sentencias -dicho sea esto a mero abundamiento- la excepcionalidad de la revisión cuando no se supere el test de razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial del art 24 de la CE que en este caso no quedaría claramente evidenciado cuando se trata de una declaración amplia cuyos extremos sustanciales al respecto tendrían que haberse acotado en la exposición del motivo y cuando se hace referencia también a una pretendida lógica deductiva en apoyo de la tesis de la parte recurrente, y, en segundo lugar, esa testifical se trata ahora de valorar de otro modo relacionándola con una documental determinada como la del folio 159 de los autos (listado de planificación) que se menciona en la pág. 9, de 14, del propio recurso, por lo que se pudo acudir a la propuesta de la revisión fáctica correspondiente con base en el mismo (en realidad, los folios 159-163 de los autos a los que alude el apartado i) del primer fundamento de derecho de la sentencia recurrida), lo que no se ha hecho, precisando la sentencia que la

traducción de tales folios resulta de la explicación dada a la Sala por la propia empresa empleadora en fase de conclusiones, de donde resulta, manifiesta el Tribunal, que a la Sra Hortensia se le modificó el turno de KK1 a KK2, de manera que la testifical referida únicamente añadiría la precisión de si esa modificación operó antes o después de conocer que el Sr. Ángel no iba a prestar servicios el día de la huelga, lo cual, por otra parte, no tiene la relevancia que la parte recurrente le concede si se tiene en cuenta, de un lado, la condición de miembro del comité de empresa por el sindicato accionante de dicho trabajador, que hace presumir o, al menos, arroja indicios de que secundaría la huelga, pudiéndose deducir desde la lógica a que alude la parte recurrente que la empresa lo daría ya -previsiblemente, al menos- como partícipe de la misma, no explicándose, en fin y de otro modo, la sustitución, si se repara en que aun cuando con carácter general se efectúe la misma en casos de enfermedad, licencia o permisos, ello generalmente se conoce de antemano y sólo en casos imprevistos podría actuarse sobre la marcha, lo que en este caso no es fácil de entender que acontezca cuando ya está predeterminada la sustitución en el listado y precisamente en la fecha de la huelga, dado que según el hecho décimo segundo de la sentencia, a la Sra Hortensia , como ya se ha indicado, le correspondía trabajar los días 12 a 15 de noviembre de 2012 en turno de mañana (KK1) y sin embargo el listado del folio 159 aparece en situación de KK2 (turno de tarde según se especifica en el hecho decimotercero), que era el atribuido al Sr. Ángel para toda la semana.

QUINTO.- A partir de lo razonado hasta ahora, la cuestión radica en determinar si es factible, o no, la sustitución de un trabajador en huelga mientras ésta tiene lugar por otro de la misma empresa, con la misma categoría profesional e iguales funciones que ocupa otro puesto de trabajo, lo cual se plantea en el cuarto motivo del recurso en el que se denuncia la infracción del art 6.5 del RD 17/1977, de 4 de marzo y la jurisprudencia que cita al respecto constituida, en buena parte, por sentencias de varios TTSSJJ (que no poseen tal carácter) así como por la sentencia de esta Sala de 15 de abril de 2005 , sosteniendo que en el caso presente no ha existido sustitución ilícita de trabajadores por trabajar la Sra Hortensia en igual puesto y con la misma categoría que el Sr. Ángel y que la incidencia de la huelga fue "nimia" (5 trabajadores sobre 425) "por lo que se está haciendo una aplicación extensiva en un caso de reducida repercusión de

una huelga", a lo que contesta la Confederación Sindical de CCOO que los trabajadores huelguistas fueron sustituidos "acudiendo a la movilidad funcional interna con la finalidad de que los programas en que participaban se emitieran con normalidad, inclusive, en riguroso directo, como de hecho ocurrió, dando a entender a la opinión pública que la huelga no había tenido ninguna repercusión", con cita, entre otras, de la STC 123/1992, de 28 de septiembre, y la de esta Sala de 5 de diciembre de 2012 (rcud 265/2011), que transcribe en buena parte, sosteniendo con base en la misma que la posibilidad de limitar los efectos prácticos del ejercicio del derecho de huelga debe ser interpretada restrictivamente haciendo prevalecer el criterio de la máxima efectividad del derecho fundamental en juego".

Por su parte, el Mº Fiscal, que se remite al informe emitido en sede autonómica, sostiene sobre el particular que "la alegación del recurrente de que la sentencia recurrida incurre en una interpretación extensiva de la sustitución de trabajadores en huelga no tiene ningún fundamento" porque del hecho probado decimotercero y del fundamento de derecho primero, letra i) se deducen las pruebas que tuvo en cuenta la Sala para apreciar que se había producido la sustitución interna "sin que su conclusión se pueda entender, en modo alguno, que sea ilógica o irracional y sin que el hecho de que la incidencia de la huelga fuera mínima...pueda influir en esa apreciación, pues, como sostiene la jurisprudencia, si bien al empresario no se le puede exigir que realice actividad alguna para la consecución del éxito de una huelga, tampoco puede realizar actividad alguna para que sus efectos se anulen totalmente, y en este caso es lo que ha ocurrido, la incidencia mínima de la huelga se ha pretendido por parte de la empresa demandada que fuera nula y luego se trata de justificar por ésta su comportamiento en esa reducida repercusión de la huelga".

La sentencia recurrida, señala en su tercer fundamento de derecho y refiriéndose a la sustitución del Sr. Ángel por la Sra Hortensia a la que alude previamente, que la movilidad de trabajadores habida en este caso "es una conducta lesiva del derecho de huelga, como también constituye idéntica vulneración que en el centro de Miramón al hallarse en huelga el 14/11/2012 el Sr. Camilo, que es quien se ocupa en exclusiva como operador de 1ª técnico de video en turno de 10 a 18 horas del sumario del programa "Ni más ni menos" en una planificación anual que varía dos o a lo sumo tres



veces al año, se le sustituyera por otro trabajador para realizar esa función, de modo que nuevamente se acudió a una sustitución interna de trabajadores prevista para cubrir ausencias en circunstancias ordinarias. Esa conducta empresarial no encuentra amparo en el poder directivo y organizativo del empleador precisamente porque actúa facultades ordinarias y legítimas en una situación común u ordinaria que dejan de serlo cuando está en juicio no el ejercicio sino la eficacia del derecho fundamental, convirtiendo en ilícita su actuación, es decir, la muy leve repercusión de la huelga en el ente, por secundarla cinco de una plantilla de cuatrocientos veinticinco computables, no puede traducirse en la sustitución de dos de estos trabajadores cuando se ha demostrado que resultan imprescindibles para un concreto programa desde la óptica de su asignación ordinaria al mismo por el turno de trabajo atribuido, programas que han podido emitirse por el cambio de planificación en turnos (y por tanto, en servicios) una vez conocido el ejercicio del derecho de huelga por estos dos trabajadores"

La confirmación de dicha tesis viene dada por los siguientes elementos normativo-jurisprudenciales:

A) El art 6.5 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, dispone que "en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo".

B) La STC 26/1981, de 17 de julio, señala que "cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación", lo que "significa simplemente que la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado".

C) La STC 123/1992, de 28 de septiembre, citada por la sentencia recurrida, aunque referida a sustitución de trabajadores por otros de la misma plantilla pero de superior categoría profesional, declara, no obstante, como teoría general de su doctrina, que el Real Decreto-ley mencionado más arriba "recoge una vieja interdicción

tradicional y repudia la figura del "esquirol", expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su Diccionario.

Como cualquier otro derecho, el de huelga ha de moverse dentro de un perímetro que marcan, por una parte, su conexión o su oposición respecto de otros derechos con asiento en la Constitución, más o menos intensamente protegidos y, por la otra los límites cuyo establecimiento se deja a la Ley, siempre que en ningún caso se llegue a negar o menoscabar su contenido esencial. Este en principio consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, núcleo que implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente. En tal contexto también resulta esencial la consecución de una cierta eficacia, como indica nuestra STC 41/1984 .

(.) El derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37 , el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole -como a todos los de su grupo- una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros ( arts. 53 , 81 y 161 C.E .)....."

D) La posterior STC 33/2011, de 28 de marzo , que también menciona la resolución de instancia, reitera la tesis de la que se viene de transcribir en los siguientes términos en lo que aquí interesa: "...como dijéramos en la decisiva STC 11/1981, de 8 de abril , que ha inspirado de forma continua los pronunciamientos posteriores de este Tribunal en la materia: «la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución , que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento

de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas ( art. 9.2 de la Constitución ).» (FJ 9).

Ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad ( art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977 ), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa ( art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977 ). En estos dos supuestos, si los trabajadores designados para el mantenimiento de los referidos servicios se negaran o se resistieran a prestarlos, quedaría justificada su sustitución a tales efectos. No obstante, en la determinación de cuáles son los servicios mínimos esenciales para la comunidad, o cuáles son los servicios de seguridad y de mantenimiento requeridos, debe atenderse a ciertos límites, que impidan interpretaciones restrictivas del derecho fundamental ( SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18 , y 80/2005, de 4 de abril , FFJJ 5 y 6). Si las cautelas frente a un entendimiento restrictivo del derecho de huelga se proyectan incluso sobre la ordenación de los servicios mínimos, no puede resultar incongruente que, en el ámbito que estamos examinando, la prohibición de la sustitución interna constituya el principal límite al ius variandi empresarial en situaciones de huelga.

Como ya ha quedado reseñado en el fundamento jurídico 4 de esta Sentencia, también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades

directivas empresariales. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio.....

Está igualmente fuera de cuestión que la sustitución no vino justificada por la negativa de los trabajadores a cubrir los servicios mínimos a los que se refiere el art. 28.2 CE , regulados en el art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo , sobre relaciones de trabajo, ni tampoco por una resistencia de los trabajadores a llevar a cabo los servicios de seguridad y mantenimiento que regula el art. 6.7 del mencionado Real Decreto-ley 17/1977 . Esos factores ni siquiera fueron objeto del proceso judicial: así lo acredita el silencio que las resoluciones judiciales y las alegaciones de todas las partes guardan sobre el particular....."

E) Nuestras sentencias, en fin, de cuatro de julio de dos mil (rec. 75/2000 ), nueve de diciembre de dos mil tres (rec. 41/2003 ), quince de abril de dos mil cinco (rec. 133/2004 ), 8 de junio de 2011 (rec 144/2010 ) y once de junio de dos mil doce (rec. 110/2011 ), aunque aludiendo a los servicios mínimos, señalan que "si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla , el derecho fundamental no se ha vulnerado" (última de las citadas, con mención de otras anteriores) de lo que se infiere que incluso si la sustitución se ha producido con trabajadores de la propia plantilla, puede verse defraudado el derecho fundamental en cuestión en función de las circunstancias concurrentes, como sucede en este caso, en que la sustitución se realizaba con quien/es tenía/n previamente a la huelga una planificación de trabajo distinta a la posteriormente asignada y no desempeñaba/n habitualmente función alguna en el turno y programa de la/s persona/s sustituida/s, teniendo como único objetivo el cambio operado evitar puntualmente los efectos de la huelga y vaciarla de contenido.

Consecuentemente con todo ello, el motivo no puede prosperar.

SEXTO.- El quinto y último, en fin, denuncia la conculcación de los arts 182 y 183.1 y 2 de la LRJS y la jurisprudencia que interpreta los mismos, oponiéndose a la indemnización fijada en la sentencia de instancia por considerar no acreditado el daño

("las bases fácticas y los perjuicios alegados") y a la lectura pública del fallo de la sentencia, que dotaría, dice, de un alcance muy amplio al mismo, "mayor incluso que el de la vulneración denunciada, lo que no guarda la debida proporcionalidad ni coherencia con la pequeña incidencia de la huelga y tampoco es una condena que resulte amparada por los términos del art 128 d) LJS", solicitando, de modo subsidiario, que el fallo se limite al abono de los salarios dejados de percibir por los trabajadores que secundaron la huelga (5) "que son los únicos daños acreditados en este procedimiento.

La parte actora sostiene al respecto en su escrito de impugnación que hubo un daño para el sindicato convocante la huelga porque "si un medio público con la repercusión, cuota de pantalla y audiencia televisiva como ETB emite con normalidad un programa que no es servicio mínimo en horas punta, en un día de huelga convocado por el sindicato CCOO, cabe esperar que se genere en sus telespectadores la impresión de la ausencia de facultad de convocatoria para dicho sindicato, lo que sin duda afecta al crédito del mismo" y que "si dicho daño se deja sin evaluar por falta de posibilidad de acreditación exhaustiva, se estaría dejando impune una conducta productora de un daño, al margen del ordenamiento jurídico, estando esta parte persuadida de que no es esto lo querido por el art 183 de la LRJS ", subrayando dicha parte el hecho de que el nº1 de dicho precepto expresa que constatada la infracción, "el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización" y que el nº 2 del mismo permite acudir a la determinación prudencial del importe para restablecer al sindicato a su situación anterior a la lesión "e inclusive a contribuir a la finalidad de prevenir el daño que, en este caso puede traducirse en la disuasión para ETB de reiterar su conducta si ello le representa un perjuicio patrimonial", abundando después en la tesis de que siendo CCOO un sindicato no mayoritario en dicho territorio autonómico la convocatoria de una huelga general constituye "un considerable esfuerzo de publicidad, desgaste de personal, pasquines, anuncios etc" y que por pequeña que sea la repercusión en un medio de televisión, ésta siempre gozará de una eficacia exponencialmente superior a la que la huelga pueda tener en otras actividades", subrayando con cita previa de los arts 8.10 y 7.10 y 41 de la LISOS , 4.1.e) del ET que la empresa es reincidente en este tipo de conductas, aludiendo asimismo a las sentencias de esta Sala de 18 de octubre de 2011 y 11 de junio de 2012 .

El informe del M° Fiscal ante esta Sala, en fin, es partidario de confirmar también la sentencia en este punto manteniendo la indemnización de los 5000 € impuesta en la sentencia recurrida "pues aunque la huelga tuvo escasa representación entre la plantilla, lo cierto es que la empresa mediante una conducta totalmente impeditiva logró la emisión del programa televisivo que en principio legalmente no hubiera de haber sido emitido, siendo la conducta empresarial calificada como muy grave en el RDL 27200 sobre infracciones y sanciones en el orden social".

Lo que la sentencia recurrida expresa sobre el particular para sustentar su fallo condenatorio al abono de los salarios dejados de percibir por los trabajadores en huelga, al pago de una indemnización de 5.000 € al sindicato actor y a la lectura del mismo en los dos programas televisivos afectados es, con cita de nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2012 (rcud 67/2011 ) y previniendo que conforme a la misma es necesario que la cifra indemnizatoria sea razonable en función del caso concreto, que "el daño causado al sindicato demandante es patente puesto que si es uno de los sindicatos convocantes de la huelga a nivel nacional y cuenta con representación en el comité de empresa, la privación de eficacia al ejercicio de su derecho a la huelga por los trabajadores afiliados al mismo es lesivo de ese derecho de huelga y daña la imagen y prestigio del sindicato en la empresa y fuera de ella; el impacto, el daño causado, no puede medirse por el escaso seguimiento de la huelga sino por la labor del sindicato que se compromete con la huelga y lo que representa, privándose de eficacia al ejercicio de ese derecho por sus afiliados en el ente pues al menos dos de los que secundaron la huelga fueron sustituidos para que su ausencia no se notara y se pudieran emitir los programas en los que, de acuerdo con su planificación de jornadas y servicios, de forma decisiva intervenían". Y concluye: "asumiendo la dificultad de señalar la indemnización que corresponde en un supuesto como el que nos ocupa, tomando en consideración la lesión al sindicato y las circunstancias concurrentes acreditadas (pues no se prueba nada más que lo significado) cuantificamos la indemnización en 5.000 ", frente a los 25.001 instados por el sindicato demandante en la aplicación analógica que hace de la LISOS (arts 7.10 , 8.10 , 40 y 41 )

El art 182 de la LRJS establece el alcance de la declaración judicial de haber lugar al amparo solicitado y el 183.1 de la misma norma alude, en concreto, la

indemnización que, en su caso, corresponde fijar a la sentencia tras constatar la existencia de vulneración de derechos fundamentales en esta materia, en función tanto del daño moral unido a esa vulneración como de los daños y perjuicios adicionales derivados, de modo que si se ha estimado la demanda y se confirma el pronunciamiento principal, la indemnización va, en principio, de suyo, y si se ha reducido sustancialmente la cantidad reclamada en tal concepto indemnizatorio y se ha fijado una suma inferior con base en un razonamiento "ad hoc", se ha de confirmar lo resuelto, al ser competencia de la Sala de instancia fijar libremente su importe en esos términos, debiendo distinguirse al respecto, en todo caso, entre el abono de los salarios a los trabajadores que siguieron la huelga y que fueron sustituidos, con el perjuicio ocasionado al sindicato convocante que la resolución recurrida constata, según se ha dicho, sobre la base en la labor realizada por el mismo en la convocatoria y seguimiento de la huelga.

Y en cuanto a la difusión del fallo, la parte impugnante nada dice sobre ese extremo ni nada razona el informe del Ministerio Fiscal, aun cuando puede deducirse la oposición tácita de cada uno de los mismos al solicitar ambos la desestimación del recurso, si bien se echa en falta, de todos modos, una argumentación que oponer a lo que la parte recurrente manifiesta en tal sentido al decir que "tampoco se justifica, a nuestro entender, la condena a la lectura pública del fallo de la sentencia; consideramos que la incidencia limitada de la huelga y el escaso seguimiento por parte de la plantilla, unido a la minoritaria representación en la empresa del sindicato actor, no justifican una condena de la lectura del fallo de la misma en los programas "De boca en boca" y "Ni más ni menos".....Por lo tanto, la lectura pública del fallo de la sentencia supondría dotar de un alcance muy amplio al mismo, mayor incluso que el de la vulneración denunciada, lo que no guarda la debida proporcionalidad ni coherencia con la pequeña incidencia de la huelga y tampoco es una condena que resulte amparada por los términos del art 182 d) LJS".

A ello cabe responder que la medida es acorde con el medio (de comunicación) que constituye la empresa misma y su actividad y que si la falta de emisión habría motivado un comunicado explicativo de su causa, es lógico entender que esa misma emisión en las circunstancias que han motivado la demanda sea igualmente conocida

por los destinatarios y usuarios del/de los programa/s afectado/s, que tienen derecho a la información al respecto teniendo, en consecuencia cabida en el art 182.1.d) de la LRJS , siendo de reseñar, en fin, que un fallo parecido en este extremo se mantiene en nuestra sentencia de 11 de junio de 2012 (rc 110/2011 ) en un procedimiento seguido con la misma parte demandada y ahora recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación, formulado por la Letrado Doña Lorena Novo San Miguel en nombre y representación de EUSKAL TELEBISTA-TELEVISION VASCA, S.A. (ETB), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 23 de abril de 2013, en actuaciones seguidas por la CONFEDERACION SINDICAL CC.OO. DE EUSKADI, contra EUSKAL TELEBISTA, S.A., sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar a la consignación el destino que legalmente proceda y con imposición de costas

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE FEBRERO DE 2014**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A.U. OPERADORA se planteó demanda de CONFLICTO COLECTIVO de la que



conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se declare la existencia de huelga ilícita respecto de los paros convocados para los días referidos en el cuerpo de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 13 de junio de 2012 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A. OPERADORA contra SINDICATO COMISION DE TRABAJADORES ASAMBLEARIOS (CTA) Y CONFEDERACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO (CNT), y en consecuencia absolvemos a las demandadas de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- CTA es un sindicato minoritario en el seno de la Compañía Iberia, con tan solo un 7,7% de presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores de la misma, mientras que UGT y CCOO juntos suman casi un 73% de presencia en los referidos órganos de representación. Por otro lado, CNT no cuenta con representación en los aludidos órganos unitarios constituidos tras las últimas elecciones sindicales celebradas en el mes de octubre de 2011. El Comité Intercentros del colectivo de Tierra se halla compuesto por 13 miembros y responde a la siguiente composición: 5 UGT, 4 CCOO, 1 USO, 1 ASETMA, 1 CTA y 1 CGT. 2º.- Las relaciones de Iberia con el colectivo de Tierra se encuentran reguladas por el XIX Convenio Colectivo (BOE 19-1-10), que fue suscrito con fecha 28 de abril de 2010, de una parte por los designados por la Dirección de la empresa, en representación de la misma, y de otra por el Comité Intercentros de Tierra, en representación de los trabajadores afectados. Su vigencia se extiende, según su art. 5 , desde el 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2012. Los sindicatos demandados no firmaron este Convenio. Su Disposición Transitoria 38ª expresa lo siguiente: "IBERIA se compromete, exclusivamente durante el periodo de

vigencia inicial pactada para el presente Convenio (31-12-2012 ) sin que quepa, por tanto, extender este compromiso en el supuesto de ultraactividad de este Convenio, a no segregar, sin previo acuerdo con los Sindicatos, los negocios de Mantenimiento y Handling.". En su Disposición Transitoria 39ª se mantiene: "Durante cinco años a partir de la fecha en que se lleve a cabo la fusión entre British Airways e Iberia, se establece lo siguiente: 1) Iberia se compromete a que la fusión con British Airways no suponga ninguna discriminación profesional de los trabajadores de Iberia, basada en el conocimiento de la lengua inglesa, sin perjuicio de los requisitos de conocimiento de idiomas necesarios que, para cada puesto de trabajo, tenga establecidos la Compañía en cada momento o de la valoración de dicho conocimiento. 2) Compromiso de que las Relaciones Laborales se mantengan a nivel nacional, no aceptando Iberia negociar acuerdos laborales que afecten conjuntamente a ambas Compañías. Asimismo y hasta 31-12-2012, en caso de existir excedentes de plantilla como consecuencia del proceso de fusión, se compromete a utilizar con carácter prioritario el actual ERE NUM000 . Si después de la aplicación del ERE sigue habiendo excedentes de plantilla, las partes podrán plantear cualquier alternativa para redimensionar la misma, según la legislación vigente.". No existe a lo largo de todo el Convenio mención alguna a Iberia-Express.

3º.- El mismo día de suscripción del convenio, el 28 de abril de 2010, se suscribió por Iberia y los sindicatos UGT y CCOO un Acuerdo de compromisos "de aplicación única y exclusivamente en el supuesto de creación de la nueva Compañía", en el marco del análisis realizado por ambas partes sobre "los efectos que pudieran derivarse de la constitución de una nueva Compañía participada al 100% por Iberia L.A.E., S.A. y que opere desde Madrid rutas de corto y medio radio". En este Acuerdo, de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012, consta lo siguiente: "Segundo: Garantía de mantenimiento de empleo. 1. La participación de IBERIA LAE, S.A. en la compañía de nueva creación que opere desde Madrid, rutas de Corto y Medio Radio, no afectará en ningún caso a los puestos de trabajo del personal de tierra de IBERIA. Para hacer efectivo lo dispuesto en el párrafo anterior, IBERIA, LAE, S.A. garantiza el mantenimiento del empleo y la ocupación efectiva de cada uno de los trabajadores fijos que forman parte de la plantilla al día del comienzo de la operación de la nueva Compañía. Para garantizar el mantenimiento del empleo a que se refiere el número anterior, IBERIA se compromete a no realizar extinciones contractuales del colectivo de tierra por las causas establecidas

en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y concordantes. A estos efectos, IBERIA se compromete a no presentar expediente de regulación de empleo ni a llevar a cabo despidos objetivos durante la vigencia del presente acuerdo, que afecten al colectivo de tierra y estén relacionados con lo señalado en el número anterior. No será de aplicación la garantía respecto a las extinciones que se produzcan al amparo del ERE NUM000 autorizado por la Dirección General de Trabajo en Resolución de 26.12.01 y Complementarias, así como las que puedan derivarse de la aplicación el Capítulo XI del I Convenio Colectivo General del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra Aeropuertos (Handling) (B.O.E. n° 170 de 18.07.05), tanto las individuales por la vía del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores como las colectivas, al amparo del ERE NUM001 autorizado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 19.10.05. No obstante lo anterior, los referidos compromisos no impedirán a la Empresa tramitar Expedientes de Regulación de Empleo y/o prórroga de los anteriormente referenciados, si cuenta para ello con el acuerdo de la mayoría de la representación social. 2. Los servicios de Handling y de Mantenimiento de la nueva compañía, serán prestados por IBERIA, siempre que la oferta de ésta lo sea a precio de mercado, y así se acuerde entre las partes.". 4°.- A fecha 30 de abril de 2012, el número total de plantilla de personal de tierra en Iberia es de 21.021 trabajadores. La plantilla de trabajadores dedicados al Handling asciende a 7.713 trabajadores, y la de los dedicados a mantenimiento aeronáutico es de 4.066 trabajadores. 5°.- El 30 de junio de 2011 Iberia obtuvo autorización de la Dirección General de Trabajo de la Generalitat Valenciana para extinguir los contratos de un máximo de 85 trabajadores del centro de trabajo de Manises, ubicado en el Aeropuerto de Valencia, conforme al procedimiento de regulación de empleo establecido en el art. 51 ET , por causas productivas y de organización, debido a la reducción de la actividad de la compañía desde la apertura de las líneas de Alta Velocidad entre Valencia y Madrid. 6°.- El 17 de enero de 2012 el comité intercentros de Iberia LAE, entre otros asuntos, acordó la convocatoria de huelga para los lunes y viernes a partir del 3 de febrero. 7°.- El 20 de enero de 2012 se suscribió Acuerdo entre Iberia y los representantes de UGT y CCOO, que extiende el período de vigencia del Acuerdo de 28 de abril de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2014, o, en caso de producirse la firma del XX Convenio antes de dicha fecha, hasta el 2015. El comité intercentros no hizo suyo este acuerdo. 8°.- El 31 de enero de 2012 se reunió el

comité intercentros para informar sobre el Acuerdo de 20 de enero que se menciona en el hecho probado precedente, y en dicha reunión se acordó no convocar la huelga prevista en la reunión de 17 de enero de 2012. 9º.- El 19 de enero de 2012 CTA convocó huelga del colectivo de empleados de tierra, comenzando la misma el lunes día 30 de enero y desarrollándose todos los lunes y viernes del mes de febrero de 2012, hasta el día 27 de dicho mes, en las siguientes horas: de 10.00 a 13.00 y de 15.00 a 18.00. Los objetivos de la convocatoria eran los siguientes: "Quinto: Una vez conocida la intención de IBERIA e I.A.G. de crear la compañía Iberia Express, con entidad jurídica propia, con el objetivo de realizar vuelos de corto y medio radio que actualmente realiza Iberia LAE SA Operadora SU, la huelga legal se declara con los objetivos siguientes: 1.- En defensa de la integridad de Iberia LAE SA Operadora SU. 2.- Que se cree Iberia Express dentro de la estructura jurídica de Iberia LAE SA Operadora SU. 3.- Que no se produzca ninguna segregación de los negocios que actualmente mantiene Iberia LAE SA Operadora SU, como consecuencia de la creación de Iberia Express. 4.- Que se garantice el mantenimiento de los actuales puestos de trabajo y en las mismas condiciones. ".La huelga fue desconvocada por CTA el 27 de enero de 2012, es decir antes de que comenzara. 10º.- El mismo 27 de enero de 2012, los sindicatos CTA y CNT convocaron conjuntamente huelga para los días 13, 17, 20, 24 y 29 de febrero de 2012, en las siguientes horas: de 11:00 a 15:00 y de 19:00 a 23:00 h. Los objetivos de la convocatoria eran los siguientes: "Quinto: La huelga legal se declara con los objetivos siguientes: 1.- En defensa de la integridad de Iberia LAE SA Operadora SU, garantizándose que no se va a producir la segregación de ninguna de las Unidades y Negocios que actualmente tiene Iberia LAE SA Operadora SU. 2.- Integración de Iberia Express como flota de entrada dentro de Iberia LAE SA Operadora SU. 3.- Compromiso de la empresa para aplicar el ERE NUM000 en cualquier situación de excedente de plantilla, independientemente de la causa que genere dicho excedente. 4.- Compromiso de suspensión de subrogaciones y externalizaciones. 5.- Compromiso de la empresa de hacer público el escalafón o relación ordenada de personal por categorías, contratos y días trabajados de todos los centros de trabajo, con carácter previo a cada proceso de subrogación de trabajadores de handling, para que todos los sindicatos y trabajadores puedan conocer el escalafón que la empresa va a utilizar, tal y como avalan dos sentencias firmes de Tribunales

Superiores de Justicia. 6.- Mejora de las contrataciones de FACTP y FD. 7.- Eliminación de las horas extraordinarias. 8.- Compromiso de la Dirección de la empresa de concurrir a la renovación de licencias de Handling en 2013 en todos los aeropuertos de AENA.". El Ministerio de Fomento dictó resolución, que consta en autos y se tiene por reproducida, en la que fijó los servicios mínimos aproximadamente en un 60% de la plantilla programada. 11º.- El 4 de abril de 2012, los sindicatos CTA y CNT convocaron conjuntamente huelga que comenzaría el 20 de abril de 2012, para todos los viernes de los meses de abril, mayo, junio y julio de 2012, finalizando el viernes día 20 del mes de julio de 2012, en las siguientes horas: de 12:00 a 15:00 y de 20:00 a 23:00 h. en Península y Baleares, y de 11.00 a 14.00 y de 19.00 a 22.00 en Canarias. Los objetivos de la convocatoria eran los siguientes: "Sexto: La huelga legal se declara con los objetivos siguientes: 1.- En defensa de la integridad de Iberia L.A.E., S.A., Operadora SU, garantizándose que no se va a producir la segregación de ninguna de las Unidades y Negocios que actualmente tiene IBERIA LAE SA Operadora SU. 2.- Integración de Iberia Express dentro de IBERIA L.A.E., S.A. Operadora SU. 3.- Compromiso de la empresa para la renovación urgente del parque de equipos de tierra, que por su obsolescencia o deficiente mantenimiento suponen un peligro para la seguridad de quienes los manejan. 4.- Compromiso de suspensión de subrogaciones y externalizaciones. 5.- Compromiso de la empresa de hacer público el escalafón o relación ordenada de personal por categorías, contratos y días trabajados de todos los centros de trabajo, con carácter previo a cada proceso de subrogación de trabajadores de Handling, para que todos los sindicatos y trabajadores puedan conocer el escalafón que la empresa va a utilizar, tal y como avalan dos sentencias firmes de Tribunales Superiores de Justicia. 6.- Mejora de las contrataciones de FACTP y FD. 7.- Eliminación de las horas extraordinarias. 8.- Compromiso de la Dirección de la empresa de concurrir a la renovación de licencias de Handling en 2013 en todos los aeropuertos de AENA. El 17 de abril de 2012 el Ministerio de Fomento dictó resolución, que consta en autos y se tiene por reproducida, en la que fijó los servicios mínimos aproximadamente en un 57% de la plantilla programada. El 14 de mayo de 2012 los sindicatos demandados desconvocaron la huelga. La misma había tenido escaso seguimiento. 12º.- .- El 5 de junio de 2012 CCOO-Vuelo Iberia emitió una circular en la que manifestó su inquietud por una previsión de 300 millones de euros de pérdidas en el

año 2012 y la reducción de 400 empleos. El 7 de junio siguiente se publicó en el periódico Cinco Días la llamada de los sindicatos de vuelo de Iberia, CCOO y STAVLA a la "unidad de acción de todos los tripulantes de cabina para hacer frente a la posible pérdida de 400 empleos el próximo mes de diciembre y para garantizar la viabilidad de la compañía. 13º.- En 2011 se realizaron en Iberia 3.990 horas extraordinarias, y en el primer trimestre de 2012, 879. 14º.- Se han presentado demandas por la contratación de trabajadores eventuales cuando los fijos a tiempo parcial no cubrían el 100% de las horas . 15º.- La empresa no proporciona los escalafones reclamados por los demandados, lo que ha dado lugar a sentencias del Tribunal Supremo reconociendo el derecho de estos últimos. 16º.- El 25 de abril de 2012 tuvo lugar intento de conciliación ante la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con resultado de sin avenencia. Se han cumplido las previsiones legales.".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A.U. OPERADORA.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de febrero de 2014, en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Contra la sentencia que desestima la demanda presentada por la empresa, para que se declarase la existencia de huelga ilícita en los paros convocados por los sindicatos demandados entre febrero, abril y julio de 2012, al entender que no se aprecian motivos para declarar la ilicitud interesada, se interpone por la empresa demandante, IBERIA LAE S.A., el presente recurso articulado en siete motivos, los tres primeros encaminados a la revisión de los hechos declarados probados, con los que se mantiene la pretensión de declaración de ilicitud de los paros por obedecer a motivos extraños al interés profesional de los trabajadores afectados, dado que la empresa había dado garantías de mantenimiento del empleo de los mismos por la que la huelga atentaba contra la libertad de empresa; por tratarse de una huelga novatoria de lo

anteriormente pactado; por violarse un pacto asimilable al de fin de huelga y por ser una huelga solidaria con la promovida por el sindicato SEPLA.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso pretende, al amparo del art. 207-d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L.J .S.) que al relato fáctico impugnado se le adicione un nuevo ordinal (el undécimo bis) en el que se diga sustancialmente que: Por medio de diferentes comunicados los sindicatos CTA y CNT manifestaron públicamente que el objeto de las huelgas convocadas era conseguir que Iberia Express se creara dentro de la estructura jurídica de IBERIA L.A.E. S.A.U. OPERADORA.

El motivo no puede prosperar porque es innecesaria la adición de tal afirmación, ya que, los inatacados ordinales décimo y undécimo de los hechos declarados probados ya se hacen eco del dato que se pretende adicionar y describen el resto de los objetivos de la convocatoria de las huelgas convocadas.

TERCERO.- Con idéntico amparo procesal se pretende la adición de un nuevo ordinal al relato de hechos probados, al undécimo ter, en el que se diga: Entre Septiembre y Octubre de 2011 la dirección de Iberia emitió diversos comunicados exponiendo que la creación de Iberia-Express no afectaría a las condiciones de trabajo de los empleados de Iberia, ni al empleo colectivo de los mismos.

No procede acceder a la modificación interesada porque nada nuevo aporta, lo que la hace irrelevante para el sentido del fallo, dado el contenido de los ordinales tercero y séptimo del relato de hechos probados, sin que por otro lado se deba olvidar, como señala en el párrafo segundo del Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia, que esa garantía de empleo se hacía sin perjuicio de las extinciones que se produjeran al amparo de los E.R.E. NUM000 y NUM001 , así como lo señalado en el ordinal Quinto de los hechos probados sobre el ERE aprobado para el centro de Manises el 30 de junio de 2011 que podía conllevar la extinción del contrato de 85 trabajadores.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso pretende con idéntico amparo procesal que los anteriores la revisión de los hechos que declara probados la sentencia recurrida, para que a su relato se le adicione un nuevo ordinal, el duodécimo bis, en el que, sustancialmente, se diga: El sindicato SEPLA convocó una serie de huelgas durante los meses de diciembre de 2011 a mayo de 2012 por causa de la creación de Iberia Exprés.

Al motivo examinado no puede accederse porque esa coincidencia de convocatorias por distintos sindicatos ya es reconocida por la sentencia recurrida en su fundamento de derecho sexto, donde se razona que la solidaridad alegada por la recurrente no justifica por si sola la ilegalidad de la huelga, aparte que existía un interés profesional propio de los sindicatos demandantes.

QUINTO.- El cuarto motivo del recurso, formulado al amparo del art. 207-E) de la L.J .S. alega la infracción del art. 11-a) del Decreto-Ley 17/1977 que establece que la huelga es ilegal cuando se inicie o se sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados. Entiende la recurrente que pretensión de ilegalidad se funda en que las convocatorias de huelga se basaban, fundamentalmente en la oposición a la creación de Iberia-Exprés, cual evidencian los ordinales noveno, décimo y undécimo de los hechos declarados probados.

El motivo debe rechazarse porque, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, la recurrente hace una lectura parcial e interesada de los apartados del relato de hechos probados en que se funda, para concluir que los paros suponían una injerencia en cuestiones ajenas a la actividad laboral, un presión que atentaba al derecho de libertad de empresa que establece el artículo 38 de la Constitución . En efecto, como señala la sentencia recurrida, en los ordinales décimo y octavo se reseñan que se perseguían otros objetivos relacionados con intereses profesionales, como el mantenimiento del empleo, la eliminación de horas extras, la renovación de las licencias de Hadling, el establecimiento de un escalafón por categorías profesionales. La simple enumeración de estos objetivos de la huelga justifica la desestimación del motivo examinado porque los hechos declarados probados nos muestran que las razones aducidas por los convocantes de la huelga eran mucho más amplias y variadas de lo que sostiene el recurso, así como que entre ellas figuraban varias que afectaba a los intereses profesionales de los trabajadores convocados.

SEXTO.- El quinto motivo del recurso alega, al amparo del artículo 207-E) de la L.J .S., la violación del artículo 11-b) del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo , por entender la recurrente que el proceso huelguístico respondió, entre otros, a una postura de solidaridad con el sindicato de pilotos SEPLA. Pero el motivo no puede



prosperar porque, como la misma recurrente reconoce y se vió en el anterior fundamento, existían otros motivos profesionales relevantes que justificaban la movilización en defensa de intereses directos e indirectos de los trabajadores en orden a la conservación de sus puestos de trabajo y a las mejoras en las condiciones de la relación laboral, lo que, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 11/1981 , impide calificar de ilegal la huelga, pues la solidaridad con los intereses de otro no determina por si sola la ilegalidad de la huelga cuando existe otro interés en ella por parte del colectivo convocante.

SÉPTIMO.- Los otros dos motivos del recurso alegan la infracción del art. 11-c) del Real Decreto Ley 17/1977 por entender la recurrente que la huelga se convocó para modificar o novar lo acordado en el pacto de 20 de enero de 2012 y en el Convenio Colectivo XIX para el personal laboral de tierra. No pueden acogerse las alegaciones de la recurrente porque, como dice la sentencia recurrida no puede considerarse Acuerdo de fin de huelga el firmado cuando esta no se había iniciado, ni cuando el mismo no fue suscrito ni por los sindicatos demandados, ni por el comité intercentros, quien, a la vista de lo acordado en él, se limitó a no convocar la huelga prevista, todo lo que impide estimar que se tratara de novar los acuerdos que la recurrente llama de fin de huelga, sin ser merecedores de ese calificativo.

Tampoco es de recibo la alegación de que con la huelga se perseguía novar lo dispuesto en el XIX Convenio Colectivo, especialmente las transitorias trigésimo octava y trigésimo novena. En efecto, con la huelga no se pretendía cambiar esas disposiciones, sino extender los efectos de las mismas a otros supuestos y a situaciones que sobrevinieran después de la vigencia del Convenio Colectivo, cual ha informado el Ministerio Fiscal y razona con acierto la sentencia recurrida. El que se pretendiera que se prorrogasen esas disposiciones más allá del término de su vigencia (31 diciembre de 2012), al igual el Acuerdo de 28 de abril de 2010 que se prorrogó el 20 de enero de 2012 (Hechos tercero y séptimo, junto con las transitorias citadas en cuanto a la aplicación de las condiciones del ERE NUM000 , tenía un sentido e interés para los trabajadores en orden al mantenimiento de los puestos de trabajo y a las indemnizaciones a cobrar por quienes fueran despedidos. Los hechos posteriores les dieron la razón porque la mayoría de los periódicos de difusión nacional publicaron que

el martes 12 de febrero de 2013 por Iberia se presentó un ERE que afectada a la subsistencia de los contratos de trabajo de 2.735 empleados de tierra, esto es de los que en su día fueron llamados a una huelga que tratase de impedir o minorase los efectos económicos de esa situación. Este hecho público y notorio, aunque posterior al dictado de la sentencia recurrida, viene a corroborar las afirmaciones de hecho y de derecho contenidas en ella y, sin necesidad de usarlo, justifica la desestimación del recurso, tal y como se argumentó antes de traerlo a colación. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Letrado Don Adriano Gómez García-Bernal, en nombre y representación de IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A.U. OPERADORA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de junio de 2012, en actuaciones nº 95/2012 seguidas en virtud de demanda a instancia de IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A.U. OPERADORA contra SINDICATO COMISIÓN DE TRABAJADORES ASAMBLEARIOS (CTA) y CONFEDERACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO (CNT). Confirmamos la sentencia recurrida. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JUNIO DE 2013**

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 10 de febrero de 2012 el Juzgado de lo Social nº 1 de Salamanca dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: Que DESESTIMANDO la demanda formulada por Bartolomé, Paulino, Edemiro, José Ángel, Hugo, Ramona, Gracia, Estanislao, Jacinto, Asunción, Alberto, Reyes, Angélica, contra UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, sobre CANTIDAD, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos formulados en su contra.".

SEGUNDO.- En dicha sentencia ,y como hechos probados, se establecen: "1º.- Los demandantes han venido prestando servicios para la Universidad de Salamanca con la antigüedad, categoría profesional que consta en la demanda y percibiendo su salario según Convenio. Forman parte del colectivo compuesto por el personal de Administración y Servicios (PAS) (tanto laboral como funcionario. 2º Los demandantes participaron el día 29 de septiembre de 2010 en la huelga general convocada por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, junto con otras organizaciones sindicales. En la nómina del mes de octubre la Universidad descontó a cada uno de los demandantes la retribución del día en que no acudieron a trabajar por estar ejerciendo el derecho de huelga. 3º.- Del personal de Administración y Servicios participaron 141 empleados. A todos se les descontó la retribución de un día de salarios. Al personal docente e investigador, que no tiene medidas de control horario informático, no se le descontó cantidad alguna. 4º El demandante ha agotado la reclamación previa a la vía judicial.".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Bartolomé y otros ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede Valladolid, la cual dictó sentencia el 12 de septiembre de 2012 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación formulado por la representación de DON Bartolomé , DON Paulino , DON Edemiro , DON Jose Ángel , DON Hugo, DOÑA Ramona , DOÑA Gracia , DON Estanislao , DON Jacinto , DOÑA Asunción , DON Alberto y DOÑA Angelica , contra la sentencia dictada en fecha 10 de febrero de 2012 por el Juzgado de lo Social número 1 de SALAMANCA (Autos 1113/2011), en virtud de demanda promovida por los recurrentes contra la

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, sobre Cantidad. En consecuencia, debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia."

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Bartolomé y OTROS, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León con sede en Burgos de 1 de marzo de 2007, en el Recurso nº 20/07 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y ante la posibilidad de que pueda existir falta de competencia funcional por no ser recurrible la sentencia de instancia, se acuerda oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre tal cuestión y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente. E instruida la Excma. Sra. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de junio de 2013, en el que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Los demandantes vienen prestando Servicios para la Universidad de Salamanca en calidad de personal de Administración y servicios (PAS). En la nómina del mes de octubre de 2010 les fue descontada a cada demandante la retribución del día 29 de septiembre de 2010, fecha en la que los actores habían participado en la huelga general convocada por CC.OO., junto a otras organizaciones sindicales. Del colectivo al que pertenecen los demandantes participaron 141 empleados, a todos los cuales les fue practicado el descuento, sin que se haya efectuado al personal Docente e Investigador, que carece de medidas de control informático. Reclamado el importe del descuento, el Juzgado lo Social desestimó la demanda y su sentencia fue confirmada en suplicación rechazando la alegación de vulneración del principio de igualdad y de existencia de trato desigual respecto al personal Docente e Investigador. Afirma la sentencia que lo que plantean los demandantes es un trato igual en la ilegalidad, haciendo referencia a las STC 43/82 , 17/84 , 51/85 , 27/2001 , 88/2003 , y 21/1992, con arreglo a cuya doctrina : "el principio de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de

que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido". Añade que no consta que personal docente hizo huelga y que el juzgado de instancia, en forma genérica parece dar por acreditado que alguno si la hizo. En todo caso, figura el descuento realizado a dos personas pertenecientes al ámbito del personal Docente e Investigador.

Recurren los actores en casación para la unificación de doctrina y ofrecen como sentencia de contraste la dictada el uno de marzo de 2007 por el TSJ de Castilla-León, sede en Burgos.

En la sentencia de comparación se resuelve acerca de la reclamación efectuada por una trabajadora de otro centro Universitario y del sector Personal de Administración y Servicios (PAS) a la que se le había efectuado el descuento por los días en que permaneció en huelga participación del personal Docente e Investigador, siendo idénticos los objetivos de la huelga convocada en ambos casos , coincidiendo en parte las fechas, 21,22 y 23 de febrero y 23 de marzo, a los que se añade para el PAS los días , 8,15,y16 de febrero, no obstante lo cual , no se practicó descuento alguno en las nóminas del personal Docente e Investigador.

El Juzgado de lo Social estimó la demanda, resolución que fue confirmada en suplicación. La sentencia de contraste desestimó el recurso de la demandada, entendiendo que se había producido un trato discriminatorio, rechazando las alegaciones de existencia de convenios distintos, preavisos diferentes, distintos también los órganos de representación, órdenes de servicio también distintas, pues el efecto de la huelga es en todo caso el mismo, la suspensión del contrato.

Entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la Ley de Jurisdicción Social ya que en ambos casos se discute acerca de la imposición del descuento al personal docente e investigador, careciendo de sistemas de control sobre el mismo.

SEGUNDO.- La recurrente, al amparo del artículo 224.b), de la L.J .S. alega la infracción del artículo 14 de la Constitución Española en relación con el artículo 4.2 "c" y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores , con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1997 (Rec 1642/1996 ). Dicha sentencia contempla un supuesto de reclamación por vulneración de la libertad sindical por trato discriminatorio, en el que

se reclama no solo una indemnización por los daños sufridos por el sindicato convocante de la huelga sino la declaración de la vulneración producida ante el hecho de que el plus de mando fue descontado a unos Directores y Subdirectores de Oficina que participaron en la huelga, y no les fue descontado a otros que participaron e incluso se les incrementó y por último a otros, que no participaron, se les redujo y como marco general, al resto de los trabajadores a los que se efectuó la deducción.

Las cuestiones tratadas en aquella sentencia y las que ahora son objeto de controversia carecen del suficiente número de puntos de conexión como para deducir una automática aplicación de la doctrina casacional al objeto de la presente reclamación desde el momento en que el supuesto fáctico es total mente distinto.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1997 , citada en la sentencia de contraste, en la que por cierto se rechaza la existencia de trato discriminatorio, sí se aprecia trato desigual pero es a partir del hecho de que a unos directores y subdirectores se les practica el descuento y a otros no, sin que conste la existencia de diferentes medidas de control. Por el contrario, en la sentencia recurrida consta la ausencia de dichas medidas en el caso del personal Docente e Investigador, sin que conste tampoco que dicho sistema existiera previamente y fuera desactivado para la ocasión. En el caso del personal docente, aun sin dicho sistema es posible la averiguación de las horas de clase y conocer cuales fueron desatendidas, pero este dato de interés para el conocimiento de los indicios , si de discriminación se tratara , no ha sido aportado por la parte actora, y por el contrario ha sido la demandada la que ha demostrado la realización del descuento a dos personas pertenecientes al colectivo PDI. En definitiva, no consta en las actuaciones, aparte del dato antedicho, cual fue el seguimiento de la huelga entre el personal docente e investigador y sin el mismo no cabe establecer los parámetros elementales de trato desigual que la recurrente afirma .

En todo caso, y con independencia de que no exista base fáctica sobre la que sostener el trato desigual, no cabe prescindir de que lo reclamado no es la indemnización por el daño moral ocasionado en un trato desigual, inexistente por cuanto se ha dicho, sino que lo perseguido es que se deje sin efecto la medida , plenamente legal por ser la consecuencia de la huelga , del descuento efectuado, a fin de equiparar a los actores con aquellos trabajadores, a los que, supuestamente se debió aplicar idéntica

medida. Al respecto, es de reiterar la doctrina constitucional invocada por la sentencia recurrida acerca de la interdicción de igualdad en la ilegalidad, criterio con el que el ministerio Fiscal muestra su acuerdo, con cita en su informe de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1642/1996, de 30 de enero de 1997 .

No cabe en consecuencia hallar en la sentencia recurrida la infracción que se denuncia, al haber aplicado al buena doctrina.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso, sin que hay a lugar a la imposición de las costas a los recurrentes , en aplicación del artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción Social

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de D. Bartolomé, D. Estanislao, D. Jacinto, D. Paulino, D<sup>a</sup> Asunción, D. José Ángel, D. Alberto, D<sup>a</sup> Gracia, D<sup>a</sup> Ramona, D. Edemiro, D. Hugo, D<sup>a</sup> Angélica, contra la sentencia dictada en fecha 12 de septiembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-Leon (Valladolid), en el recurso de suplicación nº 947/2012, formalizado contra la sentencia del Juzgado de lo social nº 1 de Salamanca dictada el 10 de febrero de 2.12 en Autos nº 113/11, seguidos a instancia de D. Bartolomé y otros frente a la Universidad de Salamanca sobre CANTIDAD. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de Procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE  
2013**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 27 de enero de 2012, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo parcialmente la demanda promovida por los sindicatos FEDERACION DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA UGT DE MADRID Y CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO y:

- declaro que Televisión Autonomía Madrid SA vulneró el derecho fundamental de libertad sindical de los demandantes con su conducta frente a la convocatoria de huelga promovida por ellos para el 22-12-2010.

- la condeno a que indemnice a cada uno de ellos por los daños morales causados con la suma de 10.000 euros.

Absuelvo al Ente Público Radio Televisión Madrid de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Por los sindicatos UGT y CGT se convocó huelga a realizar el día 22-12-2010 de 9 a 15 horas para todo el personal de Televisión Autonomía Madrid; SEGUNDO.- La huelga fue secundada al menos por los operadores y auxiliares de cámara que ese día daban cobertura al sorteo de lotería nacional que, durante la franja horaria de la huelga, se iba a retransmitir por la TVAM dentro de su programa "Buenos días Madrid"; TERCERO.- El citado programa se emitió sin transmisión directa de imágenes del estudio. La señal propia en el salón de loterías fue sustituida por la señal institucional proporcionada por TVE. La grabación con cámaras de equipos volantes por la ciudad fue sustituida por imágenes proporcionadas por agencias informativas; CUARTO.- Consideran los sindicatos demandantes que este proceder de las demandadas vulneró sus derechos fundamentales a la libertad sindical y huelga y solicitan ser indemnizados por los daños morales padecidos con 100.006 euros;



QUINTO.- El Ente Público Radio Televisión Madrid fue condenado por vulneración de los derechos de huelga y libertad sindical a indemnizar a los sindicatos convocantes con la suma de 2.000.000 por sentencia de 28-9-1999 del Jdo. Social 23 de Madrid , sentencia posteriormente confirmada por la dictada por el Tribunal Constitucional el 17-3-2003 . También ha sido condenado por vulnerar los mismos derechos y a abonar 100.006 euros por daños morales por la sentencia de 22-2-2010 cuya firmeza no consta, como tampoco consta la de la dictada por el Jdo. Social 4 el 30-11-2011 que absolvió en este caso a los demandados de condena en el mismo sentido."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el Letrado de TELEVISIÓN AUTONOMÍA MADRID SA. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 4 de junio de 2012 , en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la demandada TELEVISIÓN AUTONOMÍA MADRID S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de MADRID en fecha 27- 1-12 en autos 184/11 sobre tutela de derechos fundamentales, seguidos a instancia de FEDERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA UGT DE MADRID y CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra la recurrente, y en consecuencia confirmamos dicha sentencia. Se acuerda la pérdida del depósito y la consignación efectuados para recurrir, a los que se dará el destino legal una vez que esta sentencia sea firme. El recurrente deberá abonar a cada uno de los letrados impugnantes 700 en concepto de honorarios por la impugnación del recurso."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la representación letrada de TELEVISIÓN AUTONOMÍA MADRID SA, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 27 de septiembre de 1999 (Rcud. 1825/1998 ).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por las partes recurridas, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que el recurso debe ser DESESTIMADO.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 24 de abril de 2013, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El art. 219 LRJS exige -para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación, de forma que es la existencia de fallos contradictorios [«se hubiere llegado a pronunciamiento distintos», sostiene el art. 219 LRJS ] y no la diversidad de ratio decidendi el presupuesto del recurso extraordinario de casación para la unidad de la doctrina. De ahí que se afirme que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (entre las recientes, SSTs 11/04/06 -rec. 3944/04 -; 24/04/06 -rec. 3443/04 -; 24/04/06 -rec. 320/05 -; 24/04/06 -rec. 318/05 -; 26/04/06 -rec. 422/05 -; 27/04/06 -rec. 4210/04-; 10/05/06 -rec. 127/05 -; 11/05/06 -rec. 1236/05 -; 31/05/06 -rec. 1581/05 -; 29/06/06 04/07/06 -rec. 1077/05 -; 04/07/06 -rec. 1077/05 -; 12/07/06 -rec. 45/05 - ...).

2.- En el presente RCUD no concurre la identidad exigida por el juicio de contradicción, siendo de apreciar divergencias sustanciales en el supuesto de hecho enjuiciado entre las sentencias a comparar.

En efecto, la sentencia impugnada confirma la dictada en la instancia que, estimando en parte la demanda, declara que Televisión Autonomía Madrid vulneró el derecho fundamental de libertad sindical de los demandantes con su conducta frente a la convocatoria de huelga promovida por ellos para el 22/12/2010 y condena a que indemnice a cada uno de ellos por los daños morales causados con la suma de 10.000 euros. Los sindicatos CGT y UGT convocaron huelga a realizar el día 22/12/2010 por todo el personal de Televisión Autonomía Madrid SA. La huelga fue secundada al menos por los operadores y auxiliares de cámara que ese día daban cobertura al sorteo de la Lotería Nacional que, durante la franja horaria de la huelga, se iba a retransmitir en

TVAM dentro del programa "Buenos días Madrid". El citado programa se emitió sin transmisión directa e imágenes del estudio. La señal propia en el salón de Loterías fue sustituida por la señal institucional proporcionada por TVE. La grabación con cámaras de equipos volantes por la ciudad fue sustituida por imágenes proporcionadas por agencias informativas.

La Sala señala que la sustitución de trabajadores huelguistas es práctica contraria al derecho de huelga, tanto si se realiza mediante contratación externa, como a través de sustitución interna haciendo uso de las facultades empresariales de movilidad funcional, y que en determinadas circunstancias se ha admitido la utilización por el empresario de instrumentos de funcionamiento automatizado, sin necesidad de intervención de personas, o de medios habituales. Pero -continúa- en el presente caso esta circunstancia no puede deducirse de los hechos probados, puesto que la huelga determinó una utilización no habitual tanto de la señal institucional proporcionada por TVE como de los reportajes de calle realizados por agencias, y si bien la empresa podía tener a su alcance la utilización de la señal de TVE comunicando a FORTA que iba a usar esa disponibilidad genérica, en función de situaciones de emergencia, no es lo mismo que la disposición efectiva habitual o permanente, que es la circunstancia a que se refieren las SSTS de 27/09/99 y 15/04/05 . Concluye que, al estar obligada la empresa a no realizar comportamientos que tiendan a desactivar la huelga desarrollando la misma actividad afectada por la huelga mediante la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores o por otros medios que no sean los habitualmente utilizados, la sentencia ha de confirmarse.

La empresa, que interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, propone como contradictoria la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 22-septiembre-1999 (rcud. 1825/98 ). Se trata en la referencial de un supuesto en el que los trabajadores de la empresa Televisió de Catalunya SA., convocaron huelga para el día 12 de marzo de 1997, entre las 20,30 y las 23 horas. En esta misma fecha y entre las 21,30 y 23,15 horas se jugaba el partido de fútbol correspondiente a eliminatoria de la Copa del Rey que enfrentaba a los equipos del F.C. Barcelona y Atlético de Madrid en el estadio del primero de ellos. En contrato de fecha 6 de julio de 1990, firmado de una parte por la Liga Nacional de Fútbol Profesional y de otra por cada una de las

televisiones autonómicas del Estado, se cedieron en exclusiva a todas y cada una de dichas televisiones, entre otros, los derechos de retransmisión televisiva de los partidos correspondientes a la Copa del Rey. Mediante acuerdo de fecha 5 de abril de 1989, las precitadas televisiones autonómicas constituyen una declaración denominada Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA). La retransmisión de los partidos de fútbol se realizaba habitualmente con las cámaras y medios técnicos de la entidad en cuyo ámbito territorial de juega el encuentro, disponiendo cada una de ellas de sus propios comentaristas e incluso de ciertos medios para realizar una retransmisión personalizada de algunos aspectos. Excepcionalmente la realización se ha efectuado por un canal distinto al que emite en la Comunidad donde se disputa el partido. Por este motivo, la mayoría de los partidos disputados en el campo del FC Barcelona eran realizados por TV3. Al encontrarse en huelga los trabajadores de TV3 en el día y hora señalado para el partido a que se ha hecho referencia, la empresa puso en conocimiento de la FORTA la imposibilidad de utilizar sus medios técnicos para la retransmisión. El día del partido la empresa EUMOVIL desplazó su personal, cámaras y demás equipos técnicos al estadio del FC Barcelona efectuando la retransmisión del encuentro sin utilizar medios materiales o personal de TV3 presente en el estadio y haciendo uso tan solo de los cuadros eléctricos para conectar las distintas cámaras que TV3 tiene instaladas de forma permanente en diferentes puntos del estadio y que se utilizan por cualquier otra televisión que transmite encuentros desde el mismo. Las cámaras de EUMOVIL presentes en el estadio enviaron la señal a la unidad móvil de esta empresa en el exterior y desde la misma y a través del Centro de Comunicaciones de Catalunya se reenvió desde la Torre de Collserola a la sede de la Retevisión en Madrid y desde este punto se distribuyó a cada una de las televisiones autonómicas. Con carácter previo al día de la huelga y como es habitual, TV3 realizó la preprogramación automática de los programas a emitir durante el periodo de huelga consistentes en la emisión de un episodio de una serie televisiva y del partido de fútbol en cuestión. Al disponer de un enlace permanente con la Torre de Collserola TV3 recibe ininterrumpidamente las señales que viajan a través de la misma y puede por tanto emitir en antena cualquiera de ellas. En estas condiciones emitió el partido de fútbol, ya que la señal llegaba automáticamente a TV3 y de igual forma se puso en antena sin intervención de personal alguno al estar preprogramada la emisión con anterioridad al

día de la huelga, emitiendo el partido sin comentario y sin inclusión de los títulos, anuncios publicitarios, escenas animadas o cualquier otro grafismo de los habitualmente utilizados durante las emisiones de partidos de fútbol por TV3. Al finalizar la huelga a las 23 horas los trabajadores reprendieron sus tareas y a partir de este momento los minutos que restaban de partido se transmitieron en condiciones ordinarias, recuperándose el sonido y demás elementos característicos, continuando con normalidad el resto de la programación. Las salas de sistemas automáticos de TV3 permanecieron vacías el día de la huelga y no se permitió por la empresa la presencia de persona alguna en su interior. La Sala entendió que no se había producido vulneración del derecho de huelga, porque se pudiera entender que se había sustituido las funciones de los trabajadores en huelga por la de otros contratados al efecto, en la práctica de esquirolaje. La sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo que resuelve el recurso de casación interpuesto, llega a la misma conclusión, ya que, en primer lugar, el derecho de retransmisión se había cedido a todas las televisiones autonómicas, y no sólo a la entidad en la que se convocó y efectuó la huelga, por lo que las mismas podían utilizar otro sistema de captación de imagen que el habitual; en segundo lugar, tanto la FORTA como EUMOVIL, son entidades que existían con mucha anterioridad a la convocatoria de huelga, por lo que no puede decirse que fueron creadas precisamente para dejar sin efecto la misma; en tercer y último lugar, la propia empresa se limitó a transmitir una señal que le llegaba desde Retevisión Madrid, como al conjunto de las televisiones autonómicas que tenían derecho a retransmitir la misma, emitiendo las imágenes sin comentarios ni cortes de publicidad hasta el final de la huelga y sin que nadie estuviera a cargo de los sistemas automáticos de TV3.

3.- De las circunstancias fácticas concurrentes en los supuestos examinados en las sentencias comparadas se observa que ambos casos presentan unas características propias muy específicas, por lo que son difícilmente comparables. Así, en el caso de la sentencia recurrida sucede que la empresa durante la huelga realizó la retransmisión del sorteo de la Lotería de Navidad con escasas variaciones, dando una apariencia al espectador de normalidad en la retransmisión, utilizando la señal institucional proporcionada por TVE así como servicios de agencia, en lugar de sus propios reporteros; mientras que en el caso analizado en la sentencia de contraste se trata de

determinar si vulnera el derecho de huelga la retransmisión de un partido sin comentarios, sin sonido y sin publicidad por parte de una Televisión autonómica en la que se había convocado y efectuado una huelga, cuando los derechos de retransmisión pertenecían a todas las televisiones autonómicas, que articularon un sistema específico de captación de imágenes para cubrir el evento, si bien a través de empresas que, desde hacía bastante tiempo, se ocupaban de llevar a cabo actividades similares, y de cuya labor se benefició también la empresa en huelga, aún sin encargar a ningún trabajador de forma específica la recepción de la señal, ya que esta se recibía de forma automática.

Las singularidades fácticas expuestas, desvirtúan la inexcusable identidad de supuestos, por lo que no puede apreciarse la necesaria «contradicción» entre ambas resoluciones (art. 219 LRJS ).

Ello acorde con el dictamen del Ministerio Fiscal que refiere que mientras en la sentencia recurrida, se entiende que la empresa no ha destruido los indicios de vulneración de derechos fundamentales y, concretamente no acredita que habitualmente realizara el programa afectado por la huelga con la intervención de colaboradores exón de colaboradores externos; en la sentencia de contraste la Sala decide que no existe vulneración de derechos fundamentales en base a los siguientes criterios: "1º) que el titular del derecho de retransmisión no es la empresa afectada por la huelga, sino la Liga Nacional de Fútbol, derecho que no está condicionado a que las imágenes se tomen por la televisión del lugar donde se produce el evento; 2º) que FORTA existe con mucha anterioridad a la convocatoria de la huelga, es decir, que no es un medio de ocultamiento de medidas de reacción para debilitar los efectos de la huelga; 3º) que la empresa, al utilizar las imágenes no se sirvió de trabajadores no huelguistas, siendo FORTA la que contrata con otra empresa la captación de imágenes; 4º) que la huelga consigue de algún modo su propósito porque la emisión del partido de fútbol no es en condiciones normales, sino sin sonido ni publicidad"; por lo que las diferentes circunstancias llevan a fallos contradictorios aún basados en la misma doctrina jurisprudencial.

SEGUNDO.- Las precedentes razones, al faltar la identidad sustancial de hechos y fundamentos entre las sentencias comparadas, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, nos llevan a determinar que no concurre el requisito de contradicción

que condiciona la procedibilidad del recurso. La falta de contradicción debió fundar la inadmisión del recurso y en este momento procesal es causa que justifica su desestimación (art. 225.2 LRJS). Sin expresa condena en costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Jonatan Molano Navarro en nombre y representación de TELEVISIÓN AUTONOMÍA DE MADRID S.A., contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 2633/12 , interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid , en autos núm. 184/11, seguidos a instancias de los sindicatos FEDERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA UGT DE MADRID y la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, contra TELEVISIÓN AUTONOMÍA DE MADRID SA y ENTE PUBLICO RADIO TELEVISIÓN DE MADRID, sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE MARZO DE 2013**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 29 de septiembre de 2011, el Juzgado de lo Social nº 4 de Córdoba, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por D. Epifanio contra RENFE-Operadora, debo de declarar y declaro que ha existido vulneración del derecho a la Libertad Sindical del actor por parte de la demandada, mediante el descuento de haberes producidos en su recibo salarial correspondiente al mes de octubre de 2010 por haber sido designado del Comité de Huelga de la huelga legal convocada en la Residencia de Intervención de Mérida en la Empresa RENFE-Operadora referenciada en esta demanda. En Consecuencia, condeno a RENFE-Operadora al cese inmediato en este comportamiento antisindical y a que le pague la cantidad de 533,94 € (QUINIENTOS TREINTA Y TRES EUROS CON NOVENTA Y CUATRO CENTIMOS), en concepto de salarios descontados indebidamente e intereses de demora, mas otros 300,00 (TRESCIENTOS EUROS), en concepto de indemnización por los daños causados."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " Primero .- D. Epifanio (NIF NUM000 ) trabaja para RENFE-Operadora (CIF G-84144161), con antigüedad que data de 15/07/79, categoría profesional L11, en la residencia 50500-Córdoba-Central, ostentando la condición de miembro el Comité General de Empresa por el Sindicato CC.OO., encontrándose en el momento en que presentó la demanda como Liberado Sindical, y percibiendo un salario de 2.834,14 €/mes, más pagas extra. Segundo .- Con fecha 14/07/10, a través de la Secretaría General de la Federación de Servicios a la Ciudadanía, de CC.OO. en Extremadura, se convocó "huelga legal en la Residencia de Intervención de Mérida de RENFE-Operadora", huelga que afecta a los trabajadores de Intervención Media Distancia, y que se desarrolló los días:

-25 y 30/07/10 de 7 a 9 horas, de 13 a 15 horas y de 20 a 22 horas.

-01, 13, 15, 20, 22, 27 y 29/08/10, de 7 a 9 horas, de 13 a 15 horas y de 20 a 22 horas.

-03 y 05/09/10, de 7 a 9 horas, de 13 a 15 horas y de 20 a 22 horas.

Siendo el motivo de esta convocatoria de huelga el incumplimiento de la normativa laboral que afecta a los trabajadores de Intervención Media Distancia de la



Residencia de Mérida en cuanto a Cuadros de Servicio, Pernotaciones en Cabeza de Buey y Tiempos de Espera en Cáceres y Zafra. Tercero .- En la misma convocatoria de huelga se nombraban a los miembros del Comité de Huelga, entre los que se encontraba el actor. Cuarto .- La Empresa procedió a descontarle de la nómina de octubre/10 las siguientes cantidades:

Clave 002 (Sueldo).....330,84 €

Clave 003 (Antigüedad empresa).....48,00 €

Clave 282 (Compl. Puesto Comercial).....82,80 €

Clave 447 (Prima variable Comercial).....23,76 €

TOTAL.....485,40 €.

Quinto .- El 18/11/10 dirigió escrito a la empresa solicitando explicaciones sobre el anterior descuento, sin haber obtenido respuesta escrita. Sólo se le informó que se debía a haber formado parte del Comité de Huelga en la convocatoria citada. Sexto .- El Sr. Epifanio no suspendió sus actividades ni participó personalmente en la citada huelga, como no participa en muchas de las que se llevan a cabo en la Empresa, sin perjuicio de que en su condición de representante liberado y responsable de Negociación Colectiva en el Comité General de RENFE-Operadora sea miembro de distintos comités de huelga. Séptimo .- A otros miembros del Comité de Huelga de la citada convocatoria no se les ha practicado descuento alguno, ni tampoco al actor en otras ocasiones en las que ha actuado igual que en la que ahora nos ocupa. Sólo se le ha descontado la parte proporcional del salario cuando, además de haberla convocado, ha participado en la huelga."

TERCERO. - Contra la anterior sentencia, la representación letrada de RENFE-Operadora formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia en fecha 22 de marzo de 2012 , en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por RENFE OPERADORA contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Córdoba , en virtud de demanda presentada por Epifanio contra la empresa RENFE OPERADORA en proceso sobre Tutela de Libertad

Sindical en que ha sido parte el MINISTERIO FISCAL; y, revocamos la sentencia recurrida, desestimando la demanda inicial del proceso y absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos que en la misma se contienen".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, la letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Gómez Lozano, en nombre de representación de D. Epifanio , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Málaga, el 30 de abril de 1998, recurso 1762/96.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 12 de marzo de 2013, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. - El Juzgado de lo Social número 4 de los de Córdoba dictó sentencia el 29 de septiembre de 2011 , autos número 1509/10, estimando en parte la demanda formulada por D. Epifanio contra Renfe Operadora, declarando que ha existido vulneración del derecho a la libertad sindical del actor por parte de la demandada mediante el descuento de haberes producidos en su recibo salarial, correspondientes al mes de octubre de 2010, por haber sido designado miembro del Comité de huelga, de la huelga legal convocada en la Residencia de Intervención de Mérida, en la empresa Renfe-Operadora. Tal y como resulta de dicha sentencia el actor viene prestando servicios para la demanda desde el 15-7-1979, con la categoría profesional 111, en la Residencia Córdoba-Central, ostentando la condición de miembro del comité general de empresa por el sindicato CC.OO, siendo liberado sindical. El 14-7-10, a través de la Secretaria General de la Federación de Servicios a la ciudadanía de CC.OO en Extramadura se convocó huelga legal en la Residencia de Intervención de Mérida de Renfe Operadora, huelga que afecta a los trabajadores de Intervención Media

Distancia de la Residencia de Mérida. En la misma convocatoria de huelga se nombraba a los miembros del comité de huelga, entre los que se encontraba el actor.

Recurrida en suplicación por la demandada RENFE-Operadora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia el 22 de marzo de 2012, recurso número 315/12 , estimando el recurso interpuesto por la demandada y, revocando la sentencia recurrida, desestimó la demanda formulada, absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos contenidos en la demandada en su contra formulada. La sentencia, reiterando lo razonado en otra sentencia anterior entendió que "el hecho de su efectiva participación como miembros del Comité de huelga..... obligatoriamente exige secundar la huelga, resultando impensable un comité de huelga formado por trabajadores no huelguistas cuando su función fundamental, conforme al artículo 5 del Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo , es participar en cuantas actuaciones sindicales administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto, obligación de participar que excluye toda duda sobre vinculación a la huelga, si deseaban no ejercer el derecho de huelga... deberían haber cesado en el comité de huelga, pero al continuar en él carecen del derecho a los salarios devengados mientras se mantuvo la huelga" Continúa razonando la sentencia que la participación en la huelga que supone la condición del actor de miembro del comité de dicha huelga, determina la procedencia del descuento salarial efectuado y que este trato en ningún caso podría considerarse discriminatorio o atentatorio al derecho de igualdad, puesto que el trato discriminatorio solo puede apreciarse en situaciones de legalidad.

Contra la citada sentencia se interpuso por el actor recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, el 30 de abril de 1998, recurso nº 1762/96 , firme desde el 22 de junio de 2008, tal y como resulta de la certificación expedida por la señora secretaria de dicha Sala de lo Social.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente ya que no concurre el presupuesto de identidad entre las resoluciones comparadas.

SEGUNDO .- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamiento distintos.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, el 30 de abril de 1998, recurso número 1762/96 , estimó en parte el recurso de suplicación formalizado por D. Casimiro contra la sentencia de 2 de mayo de 1996, del Juzgado de lo Social nº 7 de Málaga , recaída en los autos sobre tutela de libertad sindical, seguidos a instancia del recurrente contra el SAS, condenando al organismo demandado a cesar en su conducta antisindical, declarandose la nulidad de los descuentos efectuados al actor, por considerar una vulneración de su derecho a la libertad sindical y a abonar al mismo la cantidad de 685.097 pts, importe de los descuentos que indebidamente le fueron efectuados, desestimando el recurso interpuesto por el SAS. Consta en dicha sentencia que el actor presta sus servicios como médico anestesista en el Hospital Universitario de Málaga teniendo la condición de liberado sindical total, como representante sindical, desarrollando durante la huelga de médicos, que tuvo lugar durante determinados días de los meses de mayo y junio de 1995, sus funciones propias de representación sindical. La sentencia razona que: "no puede hablarse de una participación efectiva y real del actor en la huelga en cuestión, pues no podemos olvidar que el mismo, por su condición de liberado sindical con carácter total, no prestaba normalmente sus servicios como médico anestesista, sino que su actividad estaba en función de sus labores de representación sindical, labores que no sólo no se suspendieron durante la huelga, sino que indudablemente se incrementaron por las actividades que debió llevar a cabo por su cualidad representativa"; del mismo modo, en el presente procedimiento, al igual que ocurrió en el de referencia, el propio Organismo demandado ha reconocido en diversas resoluciones administrativas que no procedía efectuar descuento alguno a otros médicos que también ostentaban la condición de liberados sindicales, miembros, asimismo, de los Sindicatos convocantes de la huelga referida." Continúa razonando que la conducta del organismo demandado constituye una infracción de lo prescrito en el artículo 2.1 d ) y 2 d) LOLS y una vulneración del derecho de libertad sindical del actor, constituyendo

además una conculcación del principio de no discriminación del artículo 14 de la Constitución Española .

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren evidentes similitudes ya que en ambos supuestos se trata de trabajadores que ostentan la condición de representantes -miembro del comité de empresa, en la sentencia recurrida, representante sindical en la de contraste- que son liberados sindicales en el momento en que se efectúan determinadas jornadas de huelga en sus respectivos centros de trabajo, habiendo procedido la empresa a descontar de la retribución las horas de huelga. En tanto la sentencia recurrida entiende que procede dicho descuento, la de contraste entiende que no procede. Sin embargo, entre las sentencias comparadas hay un dato que las diferencia, a saber, en la sentencia recurrida el actor es miembro del comité de huelga y es precisamente esta circunstancia la que constituye la ratio decidendi de dicha sentencia pues, como anteriormente se consignó, "el hecho de su efectiva participación como miembros del comité de huelga obligatoriamente exige secundar la huelga, por lo que procede el descuento salarial practicado". Esta circunstancia no concurre en la sentencia de contraste, en la que únicamente consta que el actor realizó sus labores de representación sindical, que no solo no se suspendieron durante la huelga sino que se incrementaron por las actividades que debió llevar a cabo por su cualidad representativa. Dentro de estas funciones representativas no está la de ser miembro del comité de huelga, pues, tal y como resulta del artículo 3.3 del Real Decreto-Ley de 4 de marzo de 1977 el comité de huelga lo designan los convocantes de la huelga, sin que se exija que los miembros del mismo ostenten la condición de representantes de los trabajadores.

A la vista de las diferencias existentes entre los hechos y fundamentos de las resoluciones comparadas se concluye que, aunque han llegado a resultados diferentes no son contradictorias.

TERCERO .- Conforme a lo anteriormente razonado y de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, se aprecia falta de contradicción que en este momento procesal determina la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas a la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Epifanio frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el 22 de marzo de 2012, en el recurso de suplicación número 315/12 , interpuesto por RENFE-Operadora frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Córdoba, autos 1509/10, en fecha 29 de septiembre de 2011, seguidos a instancia de D. Epifanio frente a RENFE-Operadora SA, manteniendo la sentencia recurrida tal y como se consignó. Sin Costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE FEBRERO DE 2013**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Letrado Don Santiago Satue González, en nombre y representación de la "Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras", formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre proceso de derechos fundamentales, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: " 1.- Se declare que la conducta observada por las codemandadas constituye una violación de la libertad sindical y del derecho de huelga y ordene el cese

inmediato de este comportamiento. 2.- Se ordene la reposición de la situación creada por el correo electrónico emitido por D. Amador , Consejero Delegado del Grupo Tecnom, con fecha 31 de marzo de 2011 y asunto: La huelga del viernes pone en riesgo nuestro futuro, al momento anterior a producirse el comportamiento vulneratorio de los derechos fundamentales alegados, declarándose la nulidad del mencionado correo electrónico. 3.- Se condene a las codemandadas, como reparación de las consecuencias producidas, a remitir mediante correo electrónico a todos y cada uno de los trabajadores de las empresas, el contenido íntegro de la sentencia estimatoria de la demanda que se pudiera dictar por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y también, en el caso de que fuera recurrida, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 13 de junio de 2011 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en la que consta el siguiente fallo: " Que estimando la demanda interpuesta por CC.OO contra TECNOCOM, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, debemos declarar y declaramos que la demandada vulneró el derecho de huelga de sus trabajadores a través del comunicado remitido por su consejero delegado el día 31 de Marzo de 2011, que declaramos radicalmente nulo, ordenando el cese inmediato de tal comportamiento y la reposición al momento anterior a producirse el mismo ".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " Primero.- El día 2 de Diciembre de 2009 se constituyó en Madrid la Comisión Deliberadora del Convenio Colectivo Interprovincial de la empresa Tecnom para el año 2010, integrada por representantes de la empresa y de los sindicatos CC.OO, UGT y CGT. La primera reunión de tal Comisión fue convocada para el día 28 de Enero de 2010. Segundo.- Durante el año 2010 se celebraron diversas reuniones de la Mesa negociadora, siendo la última de ellas el 16 de Diciembre de 2010. Tercero.- La representación sindical de la Mesa negociadora publicó el 8-2-2011 el siguiente comunicado: << Como ya les comunicamos, ante la situación de bloqueo en la que se

encuentra la negociación del futuro Convenio del Grupo, en lo que se refiere a la revisión salarial, y a unas Tablas de Categorías y salario para nuestra empresa, vamos a emprender las medidas aprobadas por la representación sindical en la Mesa de Convenio. La Dirección de la Empresa con su actitud no nos deja otra salida, muy a pesar nuestro, que la de realizar acciones para defender nuestros derechos, aunque es posible que estas medidas afecten a la imagen de profesionalidad, eficacia y compromiso que la compañía pretende trasladar a sus actuales y potenciales Clientes. Procedemos a informarles de que las medidas antes aludidas, comenzaran inmediatamente, y serán comunicadas a todos los trabajadores en los próximos días. Se van a llevar a cabo de una manera escalonada, durante los próximos meses de Febrero y Marzo, comenzando con la comunicación a los clientes, de la situación de conflicto entre los responsables de la empresa Tecnom, y sus trabajadores, e informándoles de que de manera inmediata, llevaremos a cabo Asambleas Informativas dirigidas a nuestros compañeros desplazados en sus oficinas. Así mismo se les indicará la convocatoria de paros parciales, con la posible repercusión que pueda causarles, y la finalización de estas acciones, con la convocatoria de una huelga en el mes de Abril. Evidentemente, toda la representación sindical firmante de esta carta, desea que la Dirección de Tecnom recapacite y que no sea necesario realizar ninguna de estas acciones. Será la mejor solución para todas las Partes>>. Cuarto.- Por la representación sindical se instó convocatoria de huelga en todos los centros de las empresas, según el siguiente calendario: <<Fecha prevista para el inicio de la huelga: Día 10 de marzo de 2011. En el centro de trabajo de Almería de 14 horas a 15 horas. Resto de centros de trabajo de 17 a 18 horas. Día 17 de marzo de 2011. En el centro de trabajo de Almería de 14 horas a 15 horas. Resto de centros de trabajo de 17 a 18 horas. Día 24 de marzo de 2011. En el centro de trabajo de Almería de 14 horas a 15 horas. Resto de centros de trabajo de 17 a 18 horas. Día 31 de marzo de 2011. En el centro de trabajo de Almería de 14 horas a 15 horas Resto de centros de trabajo de 17 a 18 horas. Día 1 de Abril de 2011, desde las 00:00 horas a 24 horas, en todos los centros de trabajo>>. La representación sindical de la Mesa del Convenio notificó a determinados clientes (BBV, Repsol, Caixanova, entre otros) que estaban previstos paros parciales y huelga a partir del mes de Marzo en todas las oficinas de Telecom. Quinto.- El día 31 de Marzo de 2011, por la tarde, el consejero delegado del Grupo Tecnom remitió a todos los



trabajadores, un correo electrónico, cuyo texto es el siguiente: <Me dirijo a ti para transmitirti la enorme preocupación que tengo con relación a la convocatoria de huelga de mañana viernes. De entrada te pido disculpas por la longitud de esta nota, pero te ruego que la leas hasta el final dada la extraordinaria gravedad de la situación en la que nos encontramos. Como introducción quiero destacar los siguientes hechos: 1. Tecnocom ha incrementado su plantilla en los dos últimos años y no ha recurrido a despidos ni a bajadas de salarios, como han hecho casi todas las empresas del sector. 2. En los días que corren, es inaudito e increíble que alguien convoque una huelga para reclamar subidas salariales universales, rechazando un 3% de incremento que ofrece la Compañía para todos los salarios inferiores a 38.376€. 3. Aceptar las exigencias de los sindicatos lleva nuestra Compañía a pérdidas, y eso haría que los Bancos cancelaran las pólizas de crédito, lo que haría inviable nuestra Compañía. 4. Las consecuencias de un día de huelga van a ser gravísimas. Es seguro que supondrá la cancelación de algún contrato, y el correspondiente despido de las personas involucradas. Estamos recibiendo por parte de nuestros clientes serias amenazas de cancelación de contratos si la huelga es secundada. Desde el inicio de la crisis hemos venido demostrando que nuestra estrategia se dirige entre otros principios a mantener la plantilla de la Compañía y a ofrecer estabilidad en el empleo entre las personas que integramos el grupo, y creo modestamente que hasta ahora, como demuestran los hechos, lo hemos conseguido. Cuando vemos a nuestro alrededor que todas las Compañías del sector, y digo todas, han tenido que comunicar regulaciones de empleo (TSystems, Amper, Atos Origin, etc...), o las han hecho de forma encubierta (como Indra o Accenture), otras no pueden atender sus compromisos de nómina (Oesía, etc...) y algunas han pactado bajadas de sueldo con sus empleados (Unitronics), me siento orgulloso de lo que con tu contribución y esfuerzo hemos conseguido en Tecnocom. Hasta ahora hemos mantenido una enorme estabilidad en el empleo, hemos pagado a los empleados de forma puntual, y hemos gestionado con responsabilidad, garantizando la continuidad futura del empleo en un entorno terriblemente complejo. Es por esto que cuando yo analizo fríamente este entorno, no puedo creer lo que nos está ocurriendo. En este momento, y tras muchas semanas de negociaciones con los sindicatos, hemos llegado a un punto de bloqueo. Ellos nos amenazan con un calendario de huelgas, la primera mañana. Eso es absolutamente terrible para nosotros, y no me importa reconocerlo. Si mañana la huelga

tiene seguimiento, es del todo seguro que alguno (o algunos) de nuestros clientes decidirá buscar otro proveedor para sus servicios, y también lo es que eso nos obligará a tomar medidas traumáticas, como el despido de las personas dedicadas a la prestación de dichos servicios. Eso no es una amenaza sino tan solo es el adelanto de lo que va a ocurrir si la huelga es secundada. La única salida para evitar el calendario de huelgas es que aceptemos unas subidas de sueldo para casi toda la plantilla (salarios inferiores a 50.000 €) que harían que nuestra Compañía entrara directamente en pérdidas, además de obligarnos a anular todas las retribuciones variables y subidas de méritos de 2011. Esto sería la consecuencia de indexar las subidas con la inflación del año 2010, que es en gran medida consecuencia de la subida del petróleo. Esa subida, desgraciadamente, no se ha producido en las tarifas que aplicamos a nuestros clientes, sino que como sabes, la evolución ha sido la contraria. La realidad es que hemos tenido que bajar los precios para mantener nuestra cuota de mercado (y evitar regularizaciones de empleo masivas), por lo que aceptar una subida indiscriminada de los costes salariales, nos llevaría a una situación de falta de viabilidad. Cuando intentamos argumentar eso con los sindicatos, dicen que 'ese es vuestro problema, porque sois unos malos gestores, que no sois capaces de poneros de acuerdo con la competencia para evitar que bajen los precios'. Ante la pobreza de esos argumentos, sólo podemos decirles que eso, además de ser imposible en una economía global, es ilegal. Hemos puesto encima de la mesa 1,5 M E/año para que se apliquen en subidas de salario de la forma que ellos quieran. Esa cantidad es para nosotros ya muy difícil de asumir, y pone en riesgo el cumplimiento de nuestro presupuesto, pero a pesar de eso ellos no lo creen suficiente. Ante esta situación sólo nos quedan dos opciones, ambas de gravísimas e impredecibles consecuencias. La primera opción es asumir las consecuencias de las huelgas. La segunda es aceptar la imposición de los sindicatos, y llevar la Compañía a pérdidas. Las consecuencias de la primera decisión, es decir, asumir el calendario de huelgas, tendría como efecto inmediato la cancelación de contratos de servicio por parte de algunos de nuestros clientes. Cuando eso se produzca, y creedme, se producirá seguro (algunos nos amenazaron en el paro de hace unos días), tendremos que despedir a todas las personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes. Esto es un hecho seguro, cierto e innegociable. Cuando transmitimos esa preocupación a los sindicatos ellos dicen que 'ese no es su problema, y que los que se

van a ir a la calle son otros', lo cual es cierto, ya que ellos están protegidos por ley. Otra consecuencia es de imagen para Tecnocom. En un momento en el que estamos consiguiendo mejorar nuestra visibilidad e imagen de Compañía, esto va a ser un duro golpe que nos costará mucho esfuerzo recuperar. La segunda opción, que es asumir las pérdidas en 2011 y la renuncia a la políticas de variable y subida de méritos, tiene de nuevo al menos dos efectos. El primero es que los Bancos que nos prestan el dinero dejarán de hacerlo. En todos los contratos de préstamos tenemos cláusulas de rentabilidad (covenants) cuyo incumplimiento supone la cancelación de nuestros créditos. Eso ya, de por si, haría inviable nuestro negocio. La segunda consecuencia es que no podríamos desarrollar nuestro modo de búsqueda de talento. Si no podemos pagar variables ni ofrecemos planes de carrera atractivos, no conseguiremos a los mejores profesionales y, no tendremos viabilidad futura. Seamos conscientes de que en los tiempos que corren no hay 'caballeros blancos' que vayan a salvar Compañías en crisis, y si no os remito a empresas de nuestro sector (como Oesía) o de otros sectores (como Nueva Rumasa), que están en un proceso de muerte lenta, o a otras que ya están directamente en proceso de liquidación (Marsans, Núcleo, etc.) Todas ellas además de aplazar el pago de nóminas tienen que acabar despidiendo a sus trabajadores sin que nadie acuda a socorrerlos... Por todo esto pido tu ayuda, apelo a tu sentido de la responsabilidad, y te ruego que te impliques en este conflicto que valore nuestra situación y la pongamos en el contexto de la crisis, y que nos ayudes a encontrar una salida viable a este problema, de manera que no se ponga en riesgo el trabajo de las más de 5000 personas que formamos Tecnocom. Yo estoy siempre dispuesto a hablar, explicar y debatir sobre todo esto con todo el mundo y en cualquier foro, y estoy a tu disposición para comentar lo que creas oportuno. Sexto.- El día 28 de Marzo de 2011 se reunió la Comisión Deliberadora del Convenio Colectivo, levantándose Acta oportuna, en la que se dice lo siguiente: Ambas partes preacuerdan un Incremento Salarial para 2010 según se detalla a continuación, desde el 1 de enero de 2011, con abono de atrasos correspondientes a tres mensualidades (3/12), aplicado a todos los conceptos salariales y para todo el personal, excluyendo aquellos trabajadores cuyo puesto sea directivo o gerente y con salario superior al 130% del tope de bases de cotización (TBC). · IPC real (3%) para salarios menores o iguales al 90% del TBC. · 3% del 90% del TBC (1.036,15 E) para salarios mayores que el 90% del TBC y menores o iguales que el 100% del

TBC. · Proporcional inverso para salarios mayores que el 100% del TBC y menores o iguales que el 130% del TBC Inicio en el 3% del TBC (1.036,15 E); fin en el 115% del TBC. · 500 E para salarios mayores al 115% del TBC. La propuesta anterior será sometida a la decisión de los trabajadores para su aceptación o rechazo mediante la celebración de asambleas y voto electrónico. Ambas partes acuerdan celebrar una nueva reunión antes de transcurridos 15 días naturales para levantar acta de acuerdo o desacuerdo sobre la propuesta anterior y tratar de cerrar los puntos pendientes y el redactado final. Los trabajadores aprobaron en Asamblea el preacuerdo, aunque la empresa el día 31 de Marzo de 2011 a las 13,20 horas comunicó a través de la representación empresarial de la Mesa Negociadora comunicó su negativa a la firma, alegando que 'el referido preacuerdo del lunes en ningún momento fue tal, sino solo una posible solución'. Séptimo.- La empresa, el día 13 de Abril de 2011, notificó a sus trabajadores que había decidido aplicar una subida de 2,5% a todas las personas con salarios inferiores al 80% de la Base Máxima de cotización de la Seguridad Social (31.008 euros) y un 1,5% de 31.008 euros lineal para salarios entre 31.008 euros y 33.916 euros (87,5% de la Base Máxima de Cotización) y cuya evaluación de la EAP 2010 sea superior a 2,3. Se han cumplido las previsiones legales ".

QUINTO.- Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación por la Letrada Doña Rosa Zarza Jimeno, en nombre y representación de "Tecnocom Telecomunicaciones y Energía, S.A." y "Tecnocom España Solutions, S.A.", recibidos y admitidos los autos en esta Sala se personó como recurrido la "Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras", representada y defendida por el Letrado Don Miguel Ángel Pesquera Martín, formalizándose el correspondiente recurso mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012, autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: Primero y segundo.- Ambos al amparo de lo dispuesto en el art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), por error en la apreciación de la prueba, y con consiguiente infracción de los arts. 20 y 28 de la Constitución Española (CE ).

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e

instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 6 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Por la " Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras " (COMFIA CC.00.) se interpuso, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, demanda de tutela del derecho fundamental de libertad sindical y del derecho de huelga contra las entidades " Tecnocom Telecomunicaciones y Energía, S.A. " y " Tecnocom España Solutions, S.L. ", suplicando que " 1º) Se declare que la conducta observada por las codemandadas constituye una violación del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga y ordene el cese inmediato de este comportamiento.- 2º) Se ordene la reposición de la situación creada por el correo electrónico emitido por D. Amador , Consejero Delegado del Grupo Tecnocom, con fecha 31 de marzo de 2011 y asunto: La huelga del viernes pone en riesgo nuestro futuro, al momento anterior a producirse el comportamiento vulneratorio de los derechos fundamentales alegados, declarándose la nulidad del mencionado correo electrónico.- 3º) Se condene a la codemandadas, como reparación de las consecuencias producidas, a remitir mediante correo electrónico a todos y cada uno de los trabajadores de las empresas, el contenido integro de la sentencia estimatoria de la demanda que se pudiera dictar por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y también, en el caso de que fuera recurrida, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo".

2.- La sentencia de instancia (SAN 13-junio-2011 -autos 99/2011) estimó la demanda, declarando que "la demandada vulneró el derecho de huelga de sus trabajadores a través del comunicado remitido por su consejero delegado el día 31 de Marzo de 2011, que declaramos radicalmente nulo, ordenando el cese inmediato de tal comportamiento y la reposición al momento anterior a producirse el mismo.- Asimismo, declaramos la obligación de la empresa de remitir mediante correo electrónico el texto de esta sentencia a todos sus trabajadores ".

3.- Se argumenta, en esencia, en la sentencia ahora impugnada que "... ha quedado acreditado que la empresa no se mantuvo al margen de la huelga convocada para el día 1 de Abril de 2011, sino que precisamente en la tarde anterior dirigió un

comunicado por correo electrónico a todos los trabajadores, en el que literalmente se expresaba: <<Las consecuencias de un día de huelga van a ser gravísimas. Es seguro que supondría la cancelación de algún contrato y el correspondiente despido de las personas involucradas>>. <<... asumir el calendario de huelgas tendría como efecto inmediato la cancelación de contratos de servicios por parte de algunos de nuestros clientes. Cuando esto se produzca y, creedme, se producirá seguro, tendríamos que despedir a todas las personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes. Esto es un hecho seguro, cierto e innegociable>> ", destaca la sentencia que " De estos párrafos y de todo el contexto del documento ... se aprecia -como dice con acierto la sección sindical de CC.OO en el comunicado que dirige el Consejero Delegado de Telecom ...- que se trata de amedrentar a los trabajadores con "situaciones apocalípticas" si se ejerce un derecho fundamental, como lo es el Derecho de huelga. En efecto, es evidente que el comunicado de la empresa, en horas previas a la huelga tiene un carácter marcadamente coercitivo y conminatorio, anunciando males que obviamente son susceptibles de llevar a algunos de los trabajadores al convencimiento de que va a suceder un perjuicio y un daño irreparable, lo que constituye una presión sobre los eventuales huelguistas al presagiar consecuencias desfavorables para quienes ejercieran su derecho. El comportamiento de la empresa, a través de la comunicación del Consejo delegado, no se justifica por el hecho de que a las 18:30 horas del mismo día la empresa comunique a sus trabajadores <<su respeto al ejercicio del derecho de huelga>> No puede entenderse, como sostiene la empresa, que el comunicado del señor Amador se halle dentro del ejercicio legítimo de la empresa de expresar su opinión ante el conflicto, no pudiendo admitirse tampoco que la comunicación empresarial sea una respuesta legítima y proporcionada a los comunicados sobre la huelga, remitida por los huelguistas a los clientes de la empresa, porque los huelguistas tienen derecho a hacer publicidad de la huelga de forma pacífica, a tenor de lo dispuesto en el art. 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de Marzo ". Concluyendo que " No cabe duda que la comunicación se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, sin que pueda ampararse en el art. 20.1 de la Constitución española que ciertamente reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, ya que-como

dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 123/1992 de 28 de Septiembre - el derecho de huelga goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. La preeminencia por su más intensa protección. La preeminencia de este derecho ... produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Como dice, con acierto, la representación letrada del sindicato demandante, en el escrito iniciador del proceso,<<la presión que las empresas han ejercido sobre los eventuales huelguistas mediante la nota, al presagiar funestas consecuencias en el caso de que se siguiera la convocatoria de huelga (cancelación de contrato, despidos) así como la introducción de elementos inveraces implica un ejercicio inadecuado de sus facultades directivas que no pueden ser las mismas que en una situación de normalidad.>> " y, finalmente, que " No puede olvidarse, además, que en este tipo de procesos rige la regla que se contiene en el art. 179.2 de la LPL , que <<en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad >>, y en este caso TECNOCOM no ha probado que las manifestaciones vertidas en el comunicado de su Consejero delegado tengan justificación alguna ".

4.- Por la representación de las entidades codemandadas se formaliza recurso de casación ordinaria, tanto por el cauce procesal del art. 205.d) LPL - planteando nueve motivos distintos de revisión y de adición de hechos declarados probados, bajo la argumentación general de completar por orden cronológico lo acontecido desde el día 16-02-201 a la fecha (31-03-2011) en que se remite el correo electrónico por el Consejero Delegado --, así como, en cuanto al fondo, por la vía del art. 205.e) LPL , alegando que la sentencia de instancia ha infringido los arts. 20 y 28 CE , argumentando el que citado correo electrónico no vulneró el derecho de huelga y que debe entenderse incluido dentro del derecho a la libertad de expresión y de comunicación de información veraz, consagrado en el art. 20 CE .

SEGUNDO.-1.- Respecto a la revisión y adición fáctica pretendida, -- relativa, entre otros extremos, a la concreción de la fecha en que se insta sindicalmente la

convocatoria de huelga; al comunicado previo de la empresa en que indica que las medidas de presión ponen en grave riesgo los puestos de trabajo; al ulterior escrito sindical rebatiendo el anterior escrito empresarial; a la suspensión de los paros convocados los días 17, 24 y 31-03-2011; al comunicado de la Sección sindical de CC.OO. al resto de la plantilla emitido en fecha 31-03-2011; al escrito de la empresa a la plantilla el propio día manifestando respetar el derecho de huelga; al escrito de CC.OO. dando gracias a la plantilla por el comportamiento en la huelga del día 01-04-2011; al correo electrónico que se afirma remitido por un cliente de la empresa sobre consecuencias de la huelga; y a determinados datos de las cuentas consolidadas del grupo mercantil en el año 2010 --, como destaca el Ministerio Fiscal en su detallado informe, debe ser denegada puesto que no concurren dos de los cinco esenciales requisitos que exige con tal fin nuestra jurisprudencia (entre otras, SSTS/IV 3-mayo-2001 -rc 1434/2000 y 19-febrero-2002 -rc 881/2001 ), en concreto que:

a) Los documentos en que pretende fundarse la revisión y adición fáctica no expresan de modo concluyente, clara y expresa el error del Juzgador sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones más o menos lógicas, destacando, con acierto, el Ministerio Fiscal que lo que pretende el recurrente es recrear un ambiente de negociación entre las partes que no es necesario pues ya se puede deducir de los ya existentes hechos declarados probados y que de lo propuesto no puede deducirse el error del Juzgador por no haber recogido en el relato histórico todos los detalles de la negociación; debiendo recordarse, como señala la citada STS/IV 3-mayo-2001 , que " esta Sala ha declarado que la citación global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a los efectos del recurso de casación ( sentencias de 14 de julio de 1995 , 23 de junio de 1988 y 16 de mayo de 1986 , entre otras); que el recurrente está obligado a determinar con exactitud y precisión el documento o documentos concretos y particularizados en que se apoya su pretensión revisora , añadiéndose además que en los motivos en que se denuncia error en la apreciación de la prueba, a quien los formula no le basta con aludir al documento o documentos en que se basa tal error, sino que además ha de exponer en forma adecuada las razones por las que esos documentos acreditan o evidencian la existencia de ese error que se denuncia , siendo por consiguiente necesario que el recurrente explique suficientemente los motivos o



argumentos por los que esos documentos conducen a la convicción de que el Juzgador 'a quo' ha incurrido en ese específico error, siendo totalmente inaceptable, y por tanto ineficaz, la mera enumeración o cita de tales documentosŽ ( sentencia de 15 de julio de 1995 ); que la parte recurrente debe Ž señalar de modo preciso la evidencia del error en cada uno de los documentos sin referencias genéricasŽ ( sentencias de 26 de septiembre de 1995 , 27 de febrero de 1989 y 19 de diciembre de 1998 ); esto es, la parte recurrente debe señalar el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone ( sentencia de 23 de septiembre de 1998 ); y es incuestionable que en este primer motivo no se cumplen, en forma alguna, las exigencias que se acaban de consignar "; y

b) Lo que consideramos esencial, consistente en que las adiciones propuestas son intrascendentes respecto al fallo que haya de dictarse, puesto que aún cuando las mismas se tuviesen por ciertas -- entre otras, destaca el Ministerio Fiscal, como el correo en que la empresa proclama su respeto al derecho al derecho de huelga pues lo contrario sería inconcebible --, no por ello podrían ser acogidas favorablemente las pretensiones de la demanda, como claramente se infiere de los razonamientos que se exponen en los siguientes fundamentos de derecho y dado el concreto contenido del escrito ahora debatido emitido por el Consejero Delegado del Grupo empresarial con fecha 31-03-2011, así como el reflejo en los hechos probados de la sentencia de instancia de los restantes datos esenciales para conocer las circunstancias concurrentes.

2.- Se debe, por tanto, pasar a analizar las infracciones legales denunciadas en el escrito de interposición de recurso de casación ordinaria formulado por la parte empresarial demandada.

TERCERO.- 1.- En cuando a las infracciones legales denunciadas por las entidades empresariales recurrentes, debe, en primer lugar, recordarse que, desde sus primeras sentencias, -- en especial las SSTC 11/1981 de 8 de abril y 120/1983 de 15 diciembre --, el Tribunal Constitucional ha coordinado los derechos fundamentales en litigio, entre otros y en el ámbito de las relaciones de trabajo, los de libertad sindical, huelga y libertad de expresión. En esta línea, en síntesis, se ha declarado en la STC

120/1983 en relación con un comunicado emitido por un Comité de Huelga en el ámbito de una situación conflictiva en la que se descalificaba a la empresa, que:

A) "La libertad de expresión no es un derecho limitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el artículo 18.1, ...; pero el mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio de los derechos la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación ".

B) "Los condicionamientos impuestos por tal relación han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos quedando margen de su protección ".

C) "En la legislación laboral aparece reconocido un específico derecho de expresión y difusión dirigido al ejercicio de la función representativa o instrumento para fomentar la acción sindical, cuyas manifestaciones serían tanto la contemplada en el artículo 68, apartado d), del Estatuto de los Trabajadores , que autoriza a los

representantes a expresar con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de la representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, como la prevista en el artículo 6.6 del citado Real Decreto-Ley 17/1977 , conforme a la cual los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma; pero la consideración de estos preceptos tampoco modifica la situación, porque si es cierto que aquél no puede merecer una interpretación restringida que le reduzca a extremos y materias inocuas, y que éste abarca no sólo la publicidad del hecho mismo de la huelga, sino también de sus circunstancias o de los obstáculos que se oponen a su desarrollo, o a los efectos de exponer la propia postura, recabar la solidaridad de terceros o superar la oposición también lo es que dicha actuación no puede realizarse, como se dijo, vertiendo información a personas receptoras del servicio de enseñanza y a sus padres, que tendía a desprestigiar al Colegio y a mermar la credibilidad del alumnado y de sus familiares responsables sobre la validez de las pruebas de examen y sobre la propia trayectoria del Centro de enseñanza en fechas de renovación de matrícula"; y

D) "Lo anteriormente expuesto no se ve alterado porque el comunicado en cuestión pueda ser considerado como un específico instrumento para el ejercicio de la acción representativa de los demandantes, en su doble condición de delegados de personal y miembros del Comité de Huelga, y cuya finalidad última no era sino la de obtener unos determinados resultados en relación al conflicto que se estaba desarrollando, puesto que en realidad en el supuesto concreto ni tal finalidad resultaba bastante por sí misma para modificar la sustancia del acto enjuiciado, ni cabe alegar que dicho acto fuera necesario o adecuado, en los estrictos términos en que se produjo, para la defensa de los derechos o intereses que se debatían en el conflicto, pues indudablemente la desbordan".

2.- Con carácter general, como recuerda y reitera la STC 125/2007 de 21 mayo , debe destacarse que:

A) "El derecho fundamental a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida

y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (por todas, SSTC 6/2000, de 17 de enero ...; 49/2001, de 26 de febrero ...; 204/2001 , de 15 de octubre ...; y 181/2006, de 19 de junio ...)".

B) "También hemos declarado que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre ...). En este sentido, nuestra doctrina (sintetizada recientemente en la STC 41/2006, de 13 de febrero ...), sostiene que el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél, de manera que no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales. Por ello, venimos reiterando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre , que cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate y que es preciso garantizar en tales supuestos que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales (entre las más recientes, recogiendo esa doctrina, SSTC 41/2006 , de 13 de febrero ...; y 342/2006 , de 11 de diciembre ...) ".

CUARTO.- 1.- En conclusión, entiende la Sala, de manera acorde con la jurisprudencia constitucional, que el derecho fundamental a la libertad de expresión no es ilimitado, debe respetar los derechos fundamentales de los demás, ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y matizado con los condicionamientos mutuos impuestos por la relación de trabajo, lo que afecta tanto a los trabajadores como a la empresa. El ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga, en especial este último de más intensa protección, puede comportar la exigencia de una publicidad especial dirigirse a las propias partes del conflicto o a terceros afectados, pero debe

ajustarse, de forma necesaria y adecuada, a los estrictos términos de los derechos e intereses que se debatan en el concreto conflicto, y aunque encajen en ella actos de crítica en sentido amplio, no pueden ampararse los contenidos tendentes a desprestigiar a la empresa; y sin que, a la inversa, quepa justificar actos empresariales desproporcionados que puedan limitar el ejercicio de los derechos de huelga o el de libertad sindical bajo el pretendido amparo del ejercicio de las facultades organizativas del empleador o de la libertad de expresión.

2.- Partiendo de la anterior doctrina, -- junto con las circunstancias concurrentes reflejadas en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, entre otras, las notas remitidas a los trabajadores y a determinados clientes sobre la actitud de la empresa indicando que " La Dirección de la Empresa con su actitud no nos deja otra salida, muy a pesar nuestro, que la de realizar acciones para defender nuestros derechos, aunque es posible que estas medidas afecten a la imagen de profesionalidad, eficacia y compromiso que la compañía pretende trasladar a sus actuales y potenciales Clientes " o los acuerdos alcanzados o las decisiones empresariales tras la huelga, transcritos en la parte correspondiente de la presente resolución --, debe analizarse el contenido del correo electrónico remitido por un máximo representante del grupo empresarial a todos los trabajadores el día antes de la huelga convocada, advirtiéndoles, entre otros extremos, que de aceptar las exigencias de los sindicatos " haría que los bancos cancelaran las pólizas de crédito " lo que haría inviable la compañía, que la huelga " supondrá la cancelación de algún contrato, y el correspondiente despido de las personas involucradas ", que " si mañana la huelga tiene seguimiento, es del todo seguro que alguno (o algunos) de nuestros clientes decidirá buscar otro proveedor para sus servicios, y también lo es que eso nos obligará a tomar medidas traumáticas, como el despido de las personas dedicadas a la prestación de dichos servicios. Eso no es una amenaza sino tan solo es el adelanto de lo que va a ocurrir si la huelga es secundada " y que " La primera opción es asumir las consecuencias de las huelgas. La segunda es aceptar la imposición de los sindicatos, y llevar la Compañía a pérdidas. Las consecuencias de la primera decisión, es decir, asumir el calendario de huelgas, tendría como efecto inmediato la cancelación de contratos de servicio por parte de algunos de nuestros clientes. Cuando eso se produzca, y creedme, se producirá seguro (algunos nos

amenazaron en el paro de hace unos días), tendremos que despedir a todas las personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes. Esto es un hecho seguro, cierto e innegociable ".

3.- De lo anterior, resulta evidente que, aunque fueran ciertos los esfuerzos empresariales por el adecuado mantenimiento de la empresa y de los puestos de trabajos en las mejores condiciones, en el cuestionado escrito empresarial se vierten claras y serias afirmaciones de que de secundarse la huelga e incidir ella en la posterior conducta de bancos y clientes se producirán despidos (" un hecho seguro, cierto e innegociable "), no solo de las " personas involucradas ", sino también de las " personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes ", lo que comporta una advertencia o amenaza (DRAE: dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien) real y seria dirigida no solamente a quienes de manera directa o indirecta pretendieran ejercitar el derecho de huelga siguiendo las consignas sindicales ejerciendo presión sobre ellos sino incluso dirigida a los trabajadores en general de la empresa para que ejerzan presión sobre sus compañeros que pudieran ejercitar el derecho de huelga, lo que le convierte en un acto empresarial totalmente desproporcionado tanto con respecto a las actuaciones sindicales en el conflicto como con relación a la compatibilidad del pretendido derecho de libertad de expresión con el normal ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga, lo que obliga a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia; con imposición de costas (art. 236 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación ordinario interpuesto por "TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGÍA, S.A." y "TECNOCOM ESPAÑA SOLUTIONS, S.A.", contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 13- junio-2011 (autos 99/2011 ), en proceso de tutela de derechos fundamentales seguido a instancia de la "FEDERACIÓN DE SERVICIOS

FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS" (COMFIA-CC.OO) contra las empresas ahora recurrentes en casación; con imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### **16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ENERO DE 2013**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por la representación de Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, D. Lázaro , D. Sergio , D. Pedro Francisco , D. Cesareo y D. Gustavo se presentó demanda sobre tutela de derechos fundamentales de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que:

"- Se declare que las decisiones adoptadas por Renfe Operadora vulneran los Derechos Fundamentales de Libertad Sindical y de Huelga de CC.OO y, por tanto, se declare la nulidad radical de las decisiones de descuentos salariales y económicos - Se ordene el cese inmediato del este comportamiento antisindical y de violación del derecho de huelga y se reponga a la situación anterior existente al citado comportamiento, es decir se retrotraiga la actuación a la existencia antes de los descuentos económicos practicados en marzo de 2011 - Se ordene la reparación de las consecuencias derivadas de las decisiones empresariales declaradas radicalmente nulas, incluyendo la indemnización a CC.OO de 25.000 euros.".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las

actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 12 de julio de 2011 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo:

"En la demanda interpuesta por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA de CC.OO, D. Lázaro , D. Sergio , D. Pedro Francisco , D. Cesareo y D. Gustavo contra la empresa RENFE-Operadora, en proceso de tutela de derechos fundamentales, oído el Ministerio Fiscal, la Sala acuerda: Estimar la falta de competencia territorial de la Sala alegada por la demandada y, sin entrar en el fondo del asunto, desestimar la demanda y remitir a los demandantes a los Juzgados de lo Social."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- El día 18 de enero de 2011 se reunió la Comisión de Conflictos de RENFE-Operadora, establecida en la cláusula 19ª del I Convenio Colectivo de la empresa, a solicitud de Sector Ferroviario Estatal de CC.OO por los motivos que figuran en la solicitud adjuntada al Acta. La reunión se cerró sin acuerdo. El acta obra en autos y se da por reproducida; 2º.- El día 28 de enero de 2011 se presentó por el Secretario General del Sector Ferroviario Estatal de CC.OO convocatoria de huelga ante la Dirección de la Empresa y ante la Conserjería de Empleo, Mujer e Inmigración de la Comunidad de Madrid. La convocatoria era para todo los trabajadores pertenecientes del colectivo de Comercial, Personal de Maniobras adscritos al C.T.T. de Fuencarral de la empresa RENFE-Operadora. Los puntos más importantes se reproducen a continuación. El documento obra en autos y se da por reproducido íntegramente. La huelga se desarrollaría los días y horas siguientes: · 11 de febrero de 2011, de 0 a 24 horas · 14 de febrero de 2011, de 0 a 24 horas · 18 de febrero de 2011, de 0 a 24 horas · 21 de febrero de 2011, de 0 a 24 horas · 25 de febrero de 2011, de 0 a 24 horas · 28 de febrero de 2011, de 0 a 24 horas. El motivo de la convocatoria se detalla a continuación: -Falta de personal en dicho centro de trabajo para realizar las funciones recogidas en el Acuerdo de Desarrollo Profesional, que origina descansos no disfrutados. - Comunicación a trabajadores de movilidades funcionales temporales. El Comité de huelga está compuesto por los siguientes trabajadores de la empresa: Lázaro; Sergio;



Pedro Francisco; Cesáreo; Gustavo; José Luis; Dimas; Julio. Los convocantes no proponen servicios mínimos porque los que se Interrumpen no ponen en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población afectada. Harán la publicidad necesaria para poner en conocimiento de los usuarios la existencia de la huelga; 3º.- El día 2 de febrero de 2011 se reúnen representantes de la dirección de la empresa y del comité de huelga con el fin de tratar el tema de los servicios mínimos y mantener el clima de diálogo. La reunión finaliza sin acuerdo. El acta de la misma obra en autos y se da por reproducida; 4º.- El día 7 de febrero el Ministerio de Fomento dicta resolución por la que se determinan los servicios mínimos obligatorios con motivo de la huelga convocada por CC.OO, referida en los ordinales precedentes, que afectaban al 100% de los trabajadores convocados según se desprende del Anexo de la Resolución que dice textualmente: "Determinación de los Servicios Esenciales. El personal mínimo necesario para garantizar los servicios esenciales será el siguiente: -3 Operadores Comerciales Especializados N3 y 6 Operadores Comerciales N3 para cada uno de los días de huelga convocados, distribuyéndose 3 en el turno de mañana, 3 en el turno de tarde y 3 en el turno de noche". Resolución aportada a los autos y que se da por reproducida; 5º.- Renfe-Operadora procede a comunicar a los trabajadores designados mediante documento escrito la asignación de servicios mínimos; 6º.- Renfe-Operadora descontó a todos los miembros del Comité de Huelga, algunos de los cuales prestaban servicios en el centro de trabajo afectado por la huelga, mientras que cinco de ellos eran a su vez eran miembros del de la Comisión Ejecutiva Estatal del Sector Ferroviario de CC.OO, aunque no trabajaban en dicho centro de trabajo, 450 euros a cada uno en las nóminas de marzo. En respuesta a la petición de explicaciones por parte de los trabajadores que sufrieron el descuento, recibieron cada uno una carta del Director de Relaciones Laborales con el siguiente contenido: "En relación a las peticiones realizadas, en relación a los descuentos efectuados en la nómina del mes de marzo, por la huelga convocada por el sindicato CC.OO que afectaba a los trabajadores adscritos al CTT de Madrid- Fuencarral, los días 11, 14, 18, y 21 de febrero de 00:00 a 24:00, al ser integrante del Comité de Huelga le significo que, inicialmente, le fueron descontados los 4 días de huelga a cada uno de dichos representantes. Como quiera que el seguimiento de huelga, medio, en el citado centro de trabajo ha sido de una agente por día de huelga, por ello hemos procedido a trasladar esta participación a los referidos

representantes a los efectos de descuentos relativos a huelga, ingresándole vía anticipo extraordinario, el importe neto de 250€ y que se regularizará en la nómina del mes de abril."; 7º.- El día 5 de mayo de 2008 Paulino , Secretario de Organización y Finanzas, Sector Estatal Ferroviario de CC.OO dirige una carta al Director de Relaciones Laborales de Renfe en la que solicita les sean descontados los días de liberación como días de huelga a los representantes pertenecientes a esta Organización. Documento aportado a los autos y que se da por reproducido íntegramente; 8º.- El día 5 de Julio tuvo lugar el Acto de Conciliación no habiendo avenencia entre las partes. Se han cumplido las previsiones legales.".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO), D. Lázaro , D. Sergio , D. Pedro Francisco , D. Cesáreo y D. Gustavo , siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de enero de 2013, en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO .- 1.- El Sector Ferroviario Estatal de CCOO presentó el 28 de enero de 2011 un preaviso de huelga que afectaría a los trabajadores que configuran el colectivo de comercial, personal de maniobras adscritos al centro técnico de trenes (CTT) de Fuencarral y que se desarrollaría durante cinco días del mes de febrero. En su demanda sobre vulneración de derechos fundamentales de huelga y libertad sindical, la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO denuncia los descuentos sufridos en la nómina del mes de marzo por cinco miembros del comité de huelga pertenecientes a la Ejecutiva Sindical del Sector Estatal Ferroviario, que a su vez eran miembros del Comité General de Empresa de RENFE, aún cuando ninguno de ellos estaba convocado a participar en la huelga puesto que no trabajaban en el mencionado CTT de Fuencarral, habiendo procedido la empresa al abono parcial de las cantidades descontadas en la

nómina del mes de abril. En la demanda se solicita se declare la nulidad radical de las decisiones de descuentos salariales, el cese inmediato en dicho comportamiento antisindical y de violación del derecho de huelga, y se ordene la reparación de las consecuencias derivadas de las decisiones empresariales declaradas radicalmente nulas incluyendo una indemnización a CCOO de 25.000.

En el acto de juicio se acordó la acumulación de las demandas individuales de los cinco trabajadores a quienes se aplicó el descuento que contenían los mismos pedimentos que la demanda del sindicato pero solicitando una indemnización de 6.113,31.

2.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 12 de julio de 2011, señala que la convocatoria de huelga era para los trabajadores del colectivo comercial, personal de maniobras adscritos al CTT de Fuencarral de la empresa RENFE Operadora, por lo que es claro que el ámbito territorial de la huelga no sobrepasa la Comunidad Autónoma de Madrid y se circunscribe al centro de trabajo de Fuencarral. En consecuencia -concluye la sentencia- "es claro que la competencia no corresponde a esta Sala sino a los Juzgados de lo Social de Madrid. Es indiferente que los componentes del comité de huelga, liberados sindicales adscritos a diferentes centros de trabajo de la empresa, ostenten una representatividad inicialmente nacional... porque la reducción salarial se produce como componentes del comité de huelga, de la huelga concreta convocada para el centro de trabajo de Madrid y es a los trabajadores de este centro a los que representan...".

SEGUNDO.- 1.- Por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO se interpone el presente recurso de casación al amparo del art. 205 e) de la LPL , denunciando la infracción del artículo 8 en relación con el 2 k) del mismo texto legal .

Se refiere el recurso en primer lugar a la representatividad de carácter nacional de los demandantes diciendo que la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO se integra el sector ferroviario estatal de CCOO y que los trabajadores que presentaron las demandas individuales son miembros de la ejecutiva del sector ferroviario estatal de la Federación también demandante por lo que actúan como estructura representativa sindical en todo el ámbito de Renfe Operadora.

En segundo lugar, señala que el objeto del recurso no versa sobre la legalidad o no de la huelga o sobre su contenido, sino sobre la decisión empresarial de realizar descuentos económicos a los componentes de la ejecutiva del sector ferroviario estatal por el mero hecho de convocar la huelga, aunque no hubieran participado en la misma ni estuvieran adscritos al centro de trabajo.

Concluye el recurso señalando que la empresa es de ámbito estatal y su decisión perjudica a la estructura representativa estatal de CCOO de forma que los efectos territoriales no van referidos al específico centro de trabajo en el que se convoca la huelga sino al ámbito general de la empresa que es nacional.

En apoyo de su pretensión, cita el recurso las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 14-marzo1995 (R. 1577/94), 10-junio-2009 (R.125/2008) y 2-julio-2001 (R. 3815/2000).

2.- Impugna el recurso RENFE Operadora señalando que la actuación empresarial no va contra el sindicato ni contra los miembros o cargos del mismo, pues consistió en descontar los días de huelga a las personas que constaban como miembros del comité de huelga porque son parte activa de la huelga y hay que entender que la secundan.

3.- El Ministerio Fiscal emitió informe interesando se declare la improcedencia del recurso, al entender que la cuestión planteada debe resolverse en el ámbito territorial de adscripción del centro de trabajo, no habiéndose acreditado que la decisión empresarial afecte a la estructura representativa de la empresa.

TERCERO.- 1.- El recurso no merece acogida. La parte actora que ejercita una acción de tutela de los derechos de libertad sindical no ha logrado justificar, en contra de lo valorado en la sentencia impugnada, que los efectos del conflicto se extiendan a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma, que es el presupuesto determinante de la competencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (arg. ex art. 8 LPL y 67 LOPJ ), cuyo ámbito competencial debe determinarse de forma estricta, como ha establecido esta Sala en su STS/IV 26-III-2001 (RCO 4363/1999, Sala General, y reitera en la STS/IV 02-VII- 2001 (RCO. 3815/2000 ) señalando que: "[a] "la legalidad de las normas de reparto competencial en instancia entre los correspondientes

Juzgados y Tribunales del orden social de la jurisdicción, establecidas en los arts. 7.a) y 8 en relación con el art. 2 párrafos g), h), i), k), l ) y m) todos ellos del citado texto procesal laboral, solo es válidamente defendible si se ajustan a las normas de rango orgánico contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ ), en concreto en sus arts. 67, regulador de la competencia en única instancia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ('ámbito territorial de aplicación' o 'cuya resolución' sea, respectivamente, superior o haya de surtir efecto 'en un ámbito territorial superior al de una CC .AA.') y 75.1º, determinador de la competencia en única instancia de la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia ('procesos que la ley establezca sobre controversias que afecten a intereses de los trabajadores y empresarios en ámbito superior al de un Juzgado de lo Social y no superior al de la CC.AA.') "; b) " las referidas normas orgánicas contemplan supuestos de conflictos calificables de colectivos cuyas resoluciones o afectación superen el ámbito territorial de un Juzgado de lo Social o de una CC.AA., respectivamente, por lo que dichas reglas respetan los principios constitucionales ( arts. 123.1 y 152.1 CE ), reflejados en los diversos Estatutos de Autonomía sobre organización territorial de la Justicia, que proclaman, - salvo las concretas excepciones de los recursos extraordinarios a favor del Tribunal Supremo y en materia de garantías constitucionales a favor del Tribunal Constitucional -, que 'las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia' ( art. 152.1.III CE ), lo que obliga a una interpretación estricta de las normas excepcionales para evitar que puedan transgredir los indicados principios ".].".

Esta Sala del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de señalar en las STS de 20-12-2004 (rec.- 44/2004 ) y 12-7-2006 (rec.- 166/2004 ) que "[ son los límites reales e inherentes a la cuestión debatida, los que deben determinar la competencia objetiva, no los artificialmente señalados por las partes", en doctrina que es la misma que se mantuvo en la STS de 25 de octubre de 2.004 (rec.- 5046/2003 ), y en la que con cita de la Sentencia de 4 de abril de 2002 (rec.- 882/2001 ), ya se reiteraba que: "... la competencia para conocer de una pretensión de conflicto colectivo viene dada por el alcance territorial de los efectos del conflicto colectivo planteado ( sentencias, entre

otras, de 6-7-94 (rec. 3772/1993 ), 15-2-95 (rec. 1436/1994 ), 11-7-95 (rec. 2362/1994 ), 22- 12-95 (rec. 3072/94 ), 18-3-1997 (rec. 3140/96 ), 14-7-1997 (rec 4394/96 ), 15-2-99 rec. (2380/98 ), 17-7-2000 (rec. 3591/99 ), 21-2- 2001 (rec. 4364/99 ) y 20-6-01 (rec. 4659/00) ... y desde luego no cabe extender un litigio colectivo basándose en una potencial afectación distinta de la señalada en demanda o en puras conjeturas o hipótesis de futuro. Así lo ha declarado esta Sala al analizar la competencia objetiva, que es aquella que, atendiendo al objeto del proceso determina qué tipo o clase de órgano judicial entre los del mismo grado debe conocer del asunto en la instancia, en sus sentencias de 15-6-1994 (rec. 2542/1993), 14 - I- 97 (rec. 1587/1996 ), 18-03-1997 (rec. 3140/1996 ) y 21-02-2001 (rec. 4364/1999 ) con fundamento en los artículos 67.2 y 75.1 LOPJ y 7.a) y 8 LPL " ; e incluso en la STS 20-6-2008 (rec.- 131/2007 ) reiterando la doctrina ya recogida en las SSTS de 6-7-1994 (rec.- 3772/93 ) y 20-06-01 (rec. 4659/00 ), reproduce la doctrina de la Sala, en los siguientes términos: "el área a que se extiende la norma aplicable no es el único criterio para identificar el órgano que ha de conocer del conflicto planteado con motivo de su interpretación o aplicación puesto que, si bien la controversia jurídica no puede plantearse en un ámbito territorial superior al de la norma, el conflicto puede tener un área de afectación coextensa con la de la norma o producirse en una más reducida. Es decir, la aplicación de una norma puede plantear controversias en todo su ámbito de aplicación, en cuyo caso será Órgano competente para resolverlas el que tenga una extensión territorial igual o superior al de la misma, pero también es posible que el conflicto afecte a un área inferior, en cuyo caso será conocido por el Órgano Judicial competente en el ámbito de afectación del conflicto." En estos casos lo que se permitió siempre es que un Comité de Empresa pudiera solicitar ante el órgano de instancia que correspondiera al ámbito real del conflicto una determinada interpretación o aplicación de la norma que invocaba aunque ésta tuviera un ámbito de aplicación superior, si bien partiendo de la extensión real del conflicto que habrá que apreciar en cada caso]".

2.- En el supuesto que ahora examinamos, como queda dicho, se formula demanda sobre vulneración de derechos fundamentales de huelga y libertad sindical, denunciando la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO los descuentos sufridos en la nómina del mes de marzo por cinco miembros del comité de huelga

pertenecientes a la Ejecutiva Sindical del Sector Estatal Ferroviario, que a su vez eran miembros del Comité General de Empresa de RENFE, aún cuando ninguno de ellos estaba convocado a participar en la huelga puesto que no trabajaban en el mencionado CTT de Fuencarral, habiendo procedido la empresa al abono parcial de las cantidades descontadas en la nómina del mes de abril. En la demanda la pretensión actora se contrae a instar que se declare la nulidad radical de las decisiones de descuentos salariales, el cese inmediato en dicho comportamiento antisindical y de violación del derecho de huelga, y se ordene la reparación de las consecuencias derivadas de las decisiones empresariales declaradas radicalmente nulas incluyendo una indemnización a CCOO de 25.000. (en el acto de juicio se acordó la acumulación de las demandas individuales de los cinco trabajadores a quienes se aplicó el descuento que contenían los mismos pedimentos que la demanda del sindicato pero solicitando una indemnización de 6.113,31).

La sentencia recurrida, al apreciar la falta de competencia territorial de la Sala, y sin entrar en el fondo del asunto, desestimar la demanda remitiendo a los demandantes a los Juzgados de lo Social, es ajustada a derecho y no infringe los preceptos denunciados ( artículo 8 en relación con el 2 k) de la Ley de Procedimiento Laboral ), pues como señala, la convocatoria de huelga era para los trabajadores del colectivo comercial, personal de maniobras adscritos al CTT de Fuencarral de la empresa RENFE Operadora, por lo que el ámbito territorial de la huelga no sobrepasa la Comunidad Autónoma de Madrid y se circunscribe al centro de trabajo de Fuencarral. En consecuencia, ciertamente, la competencia para conocer del litigio no corresponde a la Sala Social de la Audiencia Nacional sino a los Juzgados de lo Social de Madrid. Y es indiferente -como refiere la sentencia recurrida- "que los componentes del comité de huelga, liberados sindicales adscritos a diferentes centros de trabajo de la empresa, ostenten una representatividad inicialmente nacional... porque la reducción salarial se produce como componentes del comité de huelga, de la huelga concreta convocada para el centro de trabajo de Madrid y es a los trabajadores de este centro a los que representan...".

CUARTO.- Procede, por lo expuesto, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso de casación interpuestos por la Federación de Servicios a la

Ciudadanía de CCOO y otros demandantes, confirmando la sentencia recurrida. Sin imposición de costas ( art. 233 LPL ).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO), D. Lázaro, D. Sergio, D. Pedro Francisco, D. Gustavo y D. Cesáreo, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en fecha 12-julio-2011 (autos 120/2011 ), recaída en procedimiento sobre tutela de derechos fundamentales, instado por los recurrentes, frente a RENFE OPERADORA y el MINISTERIO FISCAL, confirmando la sentencia recurrida. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### **17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2012**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Don Juan Andrés Tiburcio Herráez, en representación del "Sindicato de la Elevación", formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre proceso de tutela de derechos fundamentales, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare que: " Zardoya Otis, S.A. y Ascensores Eguren, S.A. han vulnerado el derecho de huelga de los trabajadores en las jornadas de huelga del 13 y 14 de junio de 2011 y la libertad sindical de los mismos, por fijación unilateral



de hipotéticos servicios de seguridad y mantenimiento abusivos y carentes de justificación, que pretendían asemejarse a los servicios mínimos establecidos para las empresas encargadas de cualquier servicio público, así como indemnización por daños morales en la cantidad de 3.000 euros".

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.-Con fecha 26 de octubre de 2011 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en la que consta el siguiente fallo: " Desestimamos la demanda de tutela de derechos fundamentales, interpuesta por el SINDICATO DE LA ELEVACIÓN y absolvemos a ZARDOYA OTIS, SA y ASCENSORES EGUREN, SA de los pedimentos de la demanda".

CUARTO.-En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " Primero .-El 1-06-2011 el SINDICATO DE LA ELEVACIÓN presentó ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje y ante la Dirección General de Trabajo preaviso de huelga, que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que convocaba huelga en las empresas ZARDOYA OTIS, SA y ASCENSORES EGUREN, SA desde las 0 a las 24 horas de los días 13 a 27 de junio de 2011. El 6-06-2011 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA, levantándose acta, que obra en autos y se tiene por reproducida. Segundo.- El 9-06-2011 las empresas codemandadas enviaron un escrito al comité de huelga con el objeto de establecer los servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga convocada, en el que les propusieron los servicios siguientes: Servicios de seguridad de las personas y de las instalaciones: Deberá existir como mínimo un técnico en cada oficina de servicio, y en algunas oficinas hasta 3 técnicos (por cada 1.000 unidades en mantenimiento, 1 técnico; entre 1.000 y 2.000 unidades, 2 técnicos; más de 2.000 unidades, 3 técnicos). Otros servicios: Aparte de los técnicos, en cada Dirección o Departamento en el que la inactividad pueda ocasionar un grave daño cuando cese la huelga deben arbitrarse medidas mínimas de seguridad: Servicio Médico en las fábricas de Leganés y Munguía y en los centros del PDC y Las Mercedes. - Dirección de Sistemas. -Dirección de Obras -Servicio Elite. - Fábrica de Leganés y

Munguía. Servicio 24 horas: Además deberá estar disponible el servicio 24 horas y arbitrados los técnicos que estarán disponibles para prestar ese servicio, según los mismos criterios marcados para cubrir los servicios de seguridad de las personas y de las instalaciones. En la misma carta se convocó al comité de huelga para tratar sobre esta materia al día siguiente. Tercero.- El 10-06-2011 se reunieron las empresas demandadas y el comité de huelga y levantaron el acta siguiente: 'Reunidas ambas partes para el establecimiento de lo servicios necesarios de la huelga convocada del 13 al 27 de junio de 2011. La Dirección propone de acuerdo con el preámbulo de servicios contenido en la convocatoria el establecimiento del siguiente número de trabajadores para llevar a cabo el servicio de seguridad y mantenimiento para la huelga convocada: Servicios de seguridad de las personas y de las instalaciones: Deberá existir como mínimo un técnico en cada oficina de servicio, y en lagunas oficinas hasta 3 técnicos (por cada 1.000 unidades en mantenimiento, 1 técnico; entre 1.000 y 2.000 unidades, 2 técnicos; más de 2.000 unidades, 3 técnicos). Otros servicios: aparte de los técnicos, en cada Dirección o Departamento en el que la inactividad pueda ocasionar un grave daño cuando cese la huelga deben arbitrarse medidas mínimas de seguridad: - Médico o ATS en las Fábricas de Leganés y Mungia y en los centros del PDC y Las Mercedes. - Dirección de Sistemas: 5 personas. -Dirección de Obras - Servicio elite: 2 personas. - Fábrica de Leganés y Mungia: 1 persona en mantenimiento en cada uno de los centros. Servicio 24 horas: Además deberá estar disponible el Servicio 24 horas y arbitrados los técnicos que estarán disponibles para prestar ese servicio, según los mismos criterios marcados para cubrir los servicios de seguridad de las personas y de las instalaciones. La existencia de avisos por averías puede significar la existencia de avisos por atrapamiento de personas o avisos por avería cuyo uso puede entrañar riesgo para las personas, por lo que deben comprobarse llevando a cabo una visita del operario de mantenimiento. La parte social ante el asunto de servicio de emergencia quiere manifestar: 1. La parte social considera abusivos los denominados por la dirección 'servicios de seguridad y mantenimiento'. 2. La parte social propone que se establezcan una pareja de trabajadores en jornada laboral por cada provincia controlado por el comité de empresa que realizará las siguientes tareas: a. Rescate de pasajeros. b. Avisos en hospitales de ascensores y montacargas de quirófano. c. Avisos en residencias de mayores. 3. En caso de que en una provincia haya trabajadores en situación de no

realización de la huelga, estos asumirán los servicios anteriormente mencionados. La parte social está de acuerdo en el establecimiento del servicio de médico o ATS en las fábricas de Leganés y Mungia y en los centros del PDC y Las Mercedes. La parte social no está de acuerdo con el establecimiento del resto de los servicios. No habiendo acuerdo entre ambas partes se levanta la presente acta de desacuerdo'. Cuarto.- En la misma fecha las empresas demandadas se dirigieron a los diferentes centros, para impartir instrucciones sobre el nombramiento de los servicios de seguridad y mantenimiento, mediante correo electrónico, que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que se atenía a su propuesta de servicios y recomendaba que se procurara designar a trabajadores, que quisieran asumirlo voluntariamente".

QUINTO.-Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación por la Letrada Doña Margarita Iges Lebrancón, en nombre y representación del "Sindicato de la Elevación" formalizándose el correspondiente recurso mediante escrito de fecha 27 de marzo de 2012, autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: Primero .- Al amparo del art. 205 d) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL ), por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia, considera infringidos por la sentencia de instancia los arts. 28 de la Constitución (CE ), 6.7 del Real Decreto Ley 17/1977 de 4-marzo y los preceptos procesales sobre la prueba en los litigios en que se alega la vulneración de derechos fundamentales.

SEXTO.-Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 1 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.-La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación ordinaria formulado contra la sentencia de instancia ( SAN 26-octubre-2011 -autos 184/2011), recaída en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales a instancia del Sindicato ahora recurrente, convocante de la huelga en las empresas privadas demandadas, dedicadas al mantenimiento y conservación de ascensores, y que debía llevarse a efecto desde las 0 a las 24 horas de los días 13 a 27-junio- 2011 y que

luego se limitó a los días 13 y 14 de junio, consiste en determinar si los servicios de seguridad y mantenimiento fijados unilateralmente por las empresas, tras el fracaso de las negociaciones con el Comité de Huelga, eran abusivos o desproporcionados y, en consecuencia, habían limitado injustificadamente o dejado vacío de contenido el ejercicio del derecho fundamental de huelga.

2.-Para dar adecuada respuesta jurídica a la cuestión planteada debe partirse, en primer lugar, de los esenciales hechos declarados probados en la sentencia de instancia, cuya modificación no ha pretendido en casación el Sindicato recurrente. En ellos se afirma que:

a)"El 10-06-2011 se reunieron las empresas demandadas y el Comité de huelga y levantaron el acta siguiente: Ź Reunidas ambas partes para el establecimiento de los servicios necesarios de la huelga convocada del 13 al 27 de junio de 2011.- La Dirección propone ... el establecimiento del siguiente número de trabajadores para llevar a cabo el servicio de seguridad y mantenimiento para la huelga convocada: Servicios de seguridad de las personas y de las instalaciones: Deberá existir como mínimo un técnico en cada oficina de servicio, y en algunas oficinas hasta 3 técnicos (por cada 1.000 unidades en mantenimiento, 1 técnico; entre 1.000 y 2.000 unidades, 2 técnicos; más de 2.000 unidades, 3 técnicos).- Otros servicios: aparte de los técnicos, en cada Dirección o Departamento en el que la inactividad pueda ocasionar un grave daño cuando cese la huelga deben arbitrarse medidas mínimas de seguridad: -Médico o ATS en las Fábricas de Leganés y Mungia y en los centros del PDC y Las Mercedes.- -Dirección de Sistemas: 5 personas -Dirección de Obras - Servicio elite: 2 personas.- -Fábrica de Leganés y Mungia: 1 persona en mantenimiento en cada uno de los centros Servicio 24 horas: Además deberá estar disponible el Servicio 24 horas y arbitrados los técnicos que estarán disponibles para prestar ese servicio, según los mismos criterios marcados para cubrir los servicios de seguridad de las personas y de las instalaciones.- La existencia de avisos por averías puede significar la existencia de avisos por atrapamiento de personas o avisos por avería cuyo uso puede entrañar riesgo para las personas, por lo que deben comprobarse llevando a cabo una visita del operario de mantenimiento.-

La parte social ante el asunto de servicio de emergencia quiere manifestar: 1. La parte social considera abusivos los denominados por la dirección Ź servicios de

seguridad y mantenimientoŽ.- 2. La parte social propone que se establezcan una pareja de trabajadores en jornada laboral por cada provincia controlado por el comité de empresa que realizará las siguientes tareas: a. Rescate de pasajeros, b. Avisos en hospitales de ascensores y montacargas de quirófano, c. Avisos en residencias de mayores.- 3. En caso de que en una provincia haya trabajadores en situación de no realización de la huelga, estos asumirán los servicios anteriormente mencionados.- La parte social está de acuerdo en el establecimiento del servicio de médico o ATS en las fábricas de Leganés y Mungia y en los centros del PDC y Las Mercedes.- La parte social no está de acuerdo con el establecimiento del resto de los servicios.- No habiendo acuerdo entre ambas partes se levanta la presente acta de desacuerdo";

b)" Los servicios, propuestos por las empresas demandadas, suponían un número de 273 trabajadores, que representaban, a su vez, el 7,26% de la plantilla total de la empresa y el 8,95% del personal de mantenimiento";

c)" Finalmente, el número de trabajadores, a quienes se envió comunicación, para que se ocuparan de los servicios de seguridad y mantenimiento, fueron 133 trabajadores, que equivale al 3,80% del total de la plantilla y al 4,69% de la plantilla de mantenimiento.- El modelo de comunicación, remitido a dichos trabajadores, decía lo siguiente: Ž Ante la convocatoria de huelga ... queda usted designado para efectuar los servicios necesarios del centro de trabajo ... en sus jornadas de trabajo correspondiente a los días mencionados" y que " Dichos servicio representan aquellos imprescindibles que permitan a otros empleados ejercitar el derecho al trabajo, para la seguridad de las personas y cualquier otra atención que fuese precisa para ulterior reanudación de los trabajos de la empresa".

d)" Los días 13 y 14 de junio ... las empresas demandadas atendieron 3.851 averías, entre las que había actividades normales, aunque no se ha acreditado que los trabajadores, designados para los servicios de seguridad y mantenimiento, realizaran tareas que no estuvieran relacionadas con los propuestos por las empresas demandadas",

e)" La huelga, convocada por el SINDICATO DE LA ELEVACIÓN, constituyó un éxito sindical, que concluyó con acuerdo el 15- 06-2011, que fue aprobado por el 93% de la plantilla".

3.-La sentencia de instancia desestima la demanda, concluyendo que " la medida empresarial tenía por objeto cubrir efectivamente la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa, sin que el SINDICATO DE LA ELEVACIÓN haya acreditado indicios razonables de que su finalidad fuera impedir o limitar el derecho de huelga de sus trabajadores, como demuestra el éxito de la huelga, que solo duró dos días y se saldó con un acuerdo, que recogía la mayor parte de las reivindicaciones sindicales, a tal punto que fue aprobado por el 93% de la plantilla, acreditando, de este modo, que las medidas controvertidas ni impidieron ni limitaron el derecho de huelga de los trabajadores de las empresas demandadas".

SEGUNDO.- 1.-El Sindicato recurrente invoca como infringidos por la sentencia de instancia los arts. 28 de la Constitución (CE ), 6.7 del Real Decreto Ley 17/1977 de 4-marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT), y los preceptos procesales sobre la prueba en los litigios en que se alega la vulneración de derechos fundamentales.

2.-En el art. 28.2 CE " se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses" sin más límite que " asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad", no contemplándose expresamente en la norma constitucional el límite establecido por el art. 6.7 RDLRT, lo que se planteó específicamente en el recurso de inconstitucionalidad formulado en su día contra este último y que concluyó en la STC 11/1981 de 8-abril-1981 .

3.-Debe advertirse, con carácter previo, que una cosa son los " servicios esenciales" y otra los " servicios mínimos", y que los servicios cuya fijación se discute en el presente litigio, -- dado el carácter y objeto de las empresas demandadas dedicadas al mantenimiento y conservación de ascensores y que no se alega ni consta que presten, en todo o en parte, " servicios esenciales de la comunidad"--, no son aquellos previstos en el art. 10 RDLRT para las " empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad" y, como señala la jurisprudencia constitucional, " a saber, los servicios que con tal carácter pueden decretarse en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicio público o de reconocida e inaplazable

necesidad, con el objeto de asegurar su funcionamiento y de que los destinatarios y acreedores de los mismos no se vean privados de ellos con motivo del ejercicio del derecho de huelga" (arg. ex STC 80/2005 de 8-abril ); sino que los concretos servicios que ahora se cuestionan son los que regula el art. 6.7 del mencionado RDLRT, que dispone que « El comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa».

4.-La distinción es trascendente, pues como destaca la doctrina científica, mediante la fijación de los servicios esenciales se pretende que la actividad productiva continúe limitadamente durante la huelga; mientras que la regulación de los servicios mínimos, aplicable a todas las empresas aunque no se trate de empresas encargadas de la prestación de servicios esenciales, tiende a posibilitar, además de la seguridad de las personas, que la actividad productiva pueda reanudarse al acabar la huelga. Se destaca, igualmente, lo que compartimos, que los " servicios de mantenimiento" son sólo los servicios marginales de aseguramiento de la reanudación productiva, como indica el propio término de " mantenimiento", contrapuesto al de " funcionamiento", con lo que, con la idea de reducción al mínimo, se trata sólo de mantener unos determinados servicios con el fin de evitar daños graves en el patrimonio de la empresa o de las personas.

5.-En análogo sentido, la jurisprudencia social también ha distinguido ambos supuestos, señalando que " en relación con el ejercicio del derecho de huelga y con la prestación de servicios durante la misma, cabe hablar de dos supuestos claramente diferenciados, aun cuando se trata, en ambos casos de una limitación al derecho de huelga", y así "De un lado, en empresas prestatarias de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad cuando, además, concurren circunstancias de especial gravedad (STC 26/81 ), habrá de designarse a los trabajadores adscritos a los servicios mínimos esenciales -si es que éstos han sido previamente fijados-, a los que se refiere el art. 28.2 CE in fine CE (y se concreta en el art. 10 RDL 17/77). Se trata de supuestos de colisión de derechos, en donde el límite al derecho de huelga lo pone la satisfacción de necesidades vitales de los usuarios del servicio" y " Por otro lado, con

independencia de la esencialidad del servicio, en cualquier huelga habrán de ofrecerse las garantías del art. 6.7 RDL 17/77, lo que puede suponer la designación de trabajadores para ser adscritos a tales salvaguardas de seguridad y mantenimiento" (STS/IV 18-abril-2012 -rco 153/2011).

6.-Establece la jurisprudencia constitucional que en este tema de fijación de servicios a desarrollar durante la huelga deben vetarse interpretaciones restrictivas del derecho fundamental, indicando que " en la determinación de cuáles son los servicios mínimos esenciales para la comunidad, o cuáles son los servicios de seguridad y de mantenimiento requeridos, debe atenderse a ciertos límites, que impidan interpretaciones restrictivas del derecho fundamental (SSTC 11/1981, de 8 de abril ... y 80/2005, de 4 de abril ...) " ( STC 33/2011 de 28-marzo).

7.-De incidencia en el tema ahora debatido, en lo que afecta al principio de proporcionalidad de los sacrificios, a la exigencia de motivación y a la carga de la prueba, es la doctrina constitucional que, aun referida a la Autoridad gubernativa y a los servicios esenciales, pueden defenderse, con las matizaciones correspondientes, su aplicación por analogía a la fijación empresarial, en su caso, de los servicios de seguridad y mantenimiento. Afirma la jurisprudencia constitucional, en cuanto a la carga de la prueba, que " Aun cuando una mimética aplicación de las reglas generales sobre distribución del onus probando ... parecería inclinar el ánimo a favor de la tesis de que el demandante del amparo, en cuanto actor, tiene que probar lo injustificado de la lesión de su derecho ... un examen más atento nos debe llevar a la conclusión contraria, esto es, a la idea de que cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos ... la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación ...(ya que) la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado"; añadiendo y precisando sobre el deber de motivación que el mismo opera tanto "ex ante" como "ex post", dado que " Atendida la finalidad que se persigue con la justificación, ésta puede y debe proporcionarse tanto en el momento de emanarse la resolución, en la que deben estar enunciados aun sucintamente los criterios utilizados para realizarla, como en un momento posterior, si los interesados instan la revisión jurisdiccional del acto..." (STC



51/1986) y advirtiéndolo expresamente que " ello no implica que la justificación ex post libere del deber de motivar el acto desde el momento mismo en que éste se adopta, pues la falta de motivación impide precisamente la justa valoración y el control material o de fondo de la medida" ( STC 8/1992, de 16 de enero ); reiterándose en otras sentencias como fundamento de los referidos principios el que los huelguistas conozcan las razones de la restricción de su derecho y el que los tribunales puedan controlar su corrección jurídica, destacando que " En definitiva la decisión de la autoridad gubernativa ha de ofrecer o poner de manifiesto el motivo o fundamento acerca de la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los bienes que pueden quedar afectados o los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en alguna medida, sin que sean suficientes indicaciones genéricas, que pueden predicarse de cualquier conflicto, en cualquier actividad, y de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la corrección y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone" ( STC 43/1990 de 15 de marzo ).

8.-En cuanto a la constitucionalidad de las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga contenidas en el citado art. 6.7 del Real Decreto Ley 17/1977 relativas a la necesidad de que los huelguistas presten durante el desarrollo de la huelga los necesarios servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa, como recuerda la STC 80/2005 con remisión a la STC 11/1981 , se admitió por la jurisprudencia constitucional que " no obstante la huelga deben adoptarse medidas de seguridad de las personas, en los casos en que tales medidas sean necesarias, y medidas de mantenimiento y preservación de los locales, de la maquinaria, de las instalaciones o materias primas, con el fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga, es algo que no ofrece seria duda. La huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital. Las medidas de seguridad corresponden a la potestad del empresario ... como consecuencia de las facultades de policía de que en el seno de la empresa está investido. La ejecución de las medidas de seguridad compete a los propios trabajadores y es éste uno de los sacrificios que el ejercicio responsable del

derecho a la huelga les impone, pues es claro que no es el de huelga un derecho que pueda ejercitarse sin contrapartida", añadiendo que " si la vigilancia de instalaciones y material compete a los trabajadores, resta por decidir si la facultad de designación de los trabajadores concretos que deban efectuar tales servicios pertenece o no al empresario. El apartado 7 del art. 6 del Real Decreto-ley incide en la antinomia de exigir que el comité de huelga garantice los servicios y de imputar después al empresario la facultad de hacer la concreta designación de los trabajadores. Una posible contradicción no es, sin embargo, por sí sola inconstitucional. Lo es, sin embargo, en la medida en que la designación hecha unilateralmente por el empresario priva a los trabajadores designados de un derecho, que es de carácter fundamental. Por ello, no es inconstitucional la totalidad del apartado 7 del art. 6, pero sí el último inciso del mismo. La adopción de las medidas de seguridad no compete de manera exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga que es quien las garantiza con la inevitable secuela de que la huelga en que el comité no preste esta participación podrá ser considerada como ilícita por abusiva".

9.-De la referida jurisprudencia constitucional es dable interpretar que el establecimiento de los denominados " servicios de mantenimiento y seguridad" no tiene por finalidad la continuidad aunque limitada de la actividad empresarial, así como que incluso su establecimiento no debe efectuarse en todo supuesto de huelga estando ello vinculado a su necesidad, por lo que tratándose de medidas de seguridad de las personas únicamente deben adoptarse cuanto tales medidas sean necesarias (" deben adoptarse medidas de seguridad de las personas, en los casos en que tales medidas sean necesarias") y cuando se pretenda el establecimiento de medidas de mantenimiento las mismas deben ser las necesarias, proporcionales e idóneas con el fin de que el trabajo en la empresa pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga (" medidas de mantenimiento y preservación de los locales, de la maquinaria, de las instalaciones o materias primas, con el fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga").

TERCERO.- 1.-Se debe, por tanto, en el presente caso determinar, tras valorar las circunstancias que concurren en el mismo, si, en las específicas circunstancias en las que sucede una huelga, los servicios fijados empresarialmente pueden considerarse

adecuados a la finalidad de atender el mantenimiento y la seguridad de la empresa, con la consecuencia que se producirá la violación del derecho reconocido en el art. 28.2 CE cuando se impida u obstaculice su ejercicio por causas que no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos o intereses constitucionales, que la norma constitucional o legal haya tomado en consideración, al establecer la regulación de la huelga.

2.-Con carácter previo debe advertirse, como se ha adelantado, que no se alega ni consta que las empresas demandadas presten, en todo o en parte, " servicios esenciales de la comunidad" y que, hipotéticamente, si así aconteciera deberían haber solicitado, en su caso, de la Autoridad gubernativa la previa fijación de los servicios mínimos esenciales (arg. ex art. 10.2 RDLRT y STC 11/1981), como recuerda nuestra STS/IV 18-abril-2020, lo que tampoco se alega ni consta.

3.-Recordemos que en supuestos, que como luego se comprobará cabe configurar como análogos al ahora enjuiciado, ha declarado la jurisprudencia constitucional ( STC 80/2005, de 4 de abril ), en un caso en que una empresa " seleccionó como «servicios mínimos» puestos como el de «telefonista-recepcionista», con el objeto de «mantener activas las comunicaciones con el exterior al estar abierta la empresa»; el de «asistencia técnica», para «mantener abierta la recepción de pedidos de repuestos y el contacto con los clientes nacionales y extranjeros»; o el de «técnico en el mantenimiento de sistemas informáticos», para controlar la red informática o realizar copias de seguridad. Es decir, se trataba de puestos que no tenían como cometido garantizar la seguridad de la empresa para posibilitar la reanudación de su actividad cuando acabase la huelga (tal y como prevé la ley), sino que lo que perseguían era no alterar, en la medida de lo posible, el funcionamiento normal de la demandada, haciendo factible el contacto con clientes, la recepción de pedidos y suministros o el acceso normal a todas las instalaciones. De hecho los trabajadores seleccionados para prestar tales servicios no hicieron otra cosa que realizar las labores que habitualmente prestaban en su puesto de trabajo ... Tal planteamiento es constitucionalmente inadmisibles, pues supone situar el derecho a la huelga (reconocido en el art. 28.2 CE como «derecho fundamental») y el derecho al trabajo (reconocido en el art. 35.1 CE como «derecho de los ciudadanos») en idéntico plano de protección constitucional, llegando, incluso, a

condicionar el lícito ejercicio del primero a que el segundo no resulte perjudicado".

Concluyendo que " habida cuenta que el contenido esencial del derecho de huelga es la cesación del trabajo, y tal cesación produce una perturbación, mayor o menor, en la actividad empresarial a la que afecta, la demandada, al determinar los servicios de seguridad y mantenimiento previstos en el art. 6.7 del tan citado Real Decreto -ley, lo que persiguió fue eliminar al máximo tal alteración en su normal desenvolvimiento, consiguiendo que los puestos que consideraba «imprescindibles» para ello estuviesen ocupados por los trabajadores, que siguieron realizando las funciones típicas de los mismos", que no puede supeditarse " el ejercicio del derecho a la huelga (art. 28.2 CE ), reconocido como fundamental por nuestra Constitución, a otros derechos que, aun cuando constitucionalmente tutelados, como los son el derecho al trabajo (art. 35.1 CE ) y la libertad de empresa (art. 38.1 CE ), no tienen aquel rango ni su consiguiente protección. Por ello, aunque resulta conforme a nuestra Constitución el que el ejercicio del derecho de huelga puede verse limitado a fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto se ponga fin a la huelga, pues así lo prevé el legislador, resulta inadmisibles conforme a ella que el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores se restrinja o elimine con el objeto de que la actividad productiva, no ya pueda reanudarse finalizada la huelga, sino que no se perturbe durante su desarrollo".

CUARTO.- 1.-Partiendo de los anteriores presupuestos y de que, reiteramos, lo que debe analizarse es la legalidad de los servicios de seguridad y mantenimiento cuestionados, de los inalterados hechos declarados probados de la sentencia de instancia, anteriormente transcritos, cabe deducir, en primer lugar, que los fijados como servicios mínimos o " medidas de seguridad de las personas", comparando la decisión empresarial con la propuesta del Comité de Huelga, es dable calificarlos como " necesarios" y no limitativos desproporcionadamente del derecho de huelga, con base, fundamentalmente y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en la razonabilidad de no agravar las consecuencias de la huelga y en que incluso fueron propuestos en lo esencial tales servicios por el propio Comité de Huelga, como son las medidas relativas a servicios médicos y ATS, rescate de pasajeros, avisos en hospitales de ascensores y montacargas de quirófanos, avisos en residencias de mayores.

2.-En segundo lugar, sin embargo, resulta que de las restantes medidas adoptadas empresarialmente cabe deducir la existencia de un exceso vulnerador de la legalidad en la fijación de las denominadas " medidas de mantenimiento". En efecto, de la prueba practicada, por una parte, no consta el número de trabajadores que secundaron o no secundaron la huelga, a efectos de determinar la posible necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas cuestionadas con el fin de que el trabajo en la empresa pudiera reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga, aunque se valorara con flexibilidad las omisiones empresariales en orden a ofrecer o poner de manifiesto el motivo o fundamento acerca de la necesidad del servicio en tales condiciones en atención a su esencialidad, las características de la huelga convocada, los bienes que pudieran haber quedado afectados o los trabajos que no pudieran sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en alguna medida para garantizar y preservar los bienes empresariales y la ulterior reanudación de las tareas de la empresa.

3.-Corroboración la conclusión anterior sobre el exceso producido, como se deduce de los propios hechos declarados probados, que: a)se fijan por las empresas un total global de 133 trabajadores adscritos a servicios mínimos, superior en mucho a los que prestan servicios los fines de semana (lo que las partes no cuestionan) y que, aunque representarían el 3,80% del total de la plantilla y el 4,69% de la plantilla de mantenimiento, durante los días en que efectivamente duró la huelga, sin que se acredite el número de trabajadores no huelguistas, " atendieron 3.851 averías, entre las que había actividades normales, aunque no se ha acreditado que los trabajadores, designados para los servicios de seguridad y mantenimiento, realizaran tareas que no estuvieran relacionadas con los propuestos por las empresas demandadas", por lo que, aun presumiblemente reducida, continuó durante la huelga la actividad empresarial; b)aunque la sentencia recurrida lo califique como expresión desafortunada, en las comunicaciones empresariales dirigidas a los trabajadores nombrados para los referidos servicios mínimos se incluía la frase que " Dichos servicio representan aquellos imprescindibles que permitan a otros empleados ejercitar el derecho al trabajo ...", lo que evidentemente no es la finalidad de las denominadas " medidas de mantenimiento"; y c)del propio contenido del acuerdo empresarial fijando las medidas de mantenimiento cuestionadas, del que es dable deducir, siquiera indiciariamente ( arts. 96 y 179.2 LPL ),

que se pretende continuar en parte el funcionamiento empresarial, por lo que se produce el presupuesto para que sean las empresas demandadas las que tengan que aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad .

4.-Cabe ahora dejar aparte: a)la problemática de si es posible encomendar a los no huelguistas todas o una parte de las tareas inherentes a los denominados " servicios de mantenimiento y seguridad" y reducir el número de trabajadores adscritos forzosamente a dichos servicios disminuyendo así, por posiblemente desproporcionadas, las limitaciones al derecho fundamental de huelga, con mantenimiento de la regla general consistente en que " ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros" ( STC 33/2011 ); y b)la cuestión de la sustituibilidad por los consumidores o empresas clientes de los servicios que prestan las demandadas durante los periodos de inactividad total o parcial.

5.-Todo lo expuesto obliga a entender que las empresas demandadas no han aportado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas de mantenimiento adoptadas durante el periodo de huelga y de su proporcionalidad, así como que la finalidad empresarial y lo obtenido efectivamente durante los dos días en que se desarrolló la huelga fue una continuación aunque limitada de la actividad empresarial y una preservación del derecho al trabajo de los no huelguistas, evidenciadora del exceso en la fijación de las " medidas de mantenimiento y preservación de los locales, de la maquinaria, de las instalaciones o materias primas" cuya exclusiva finalidad debe ser que " el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga".

6.-En definitiva, atendido el objetivo inspirador del art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977 , las empresas, en especial, con su fijación de los concretos " servicios de mantenimiento", ampliaron injustificadamente el límite legal del derecho de huelga, expandiéndolo en términos no previstos por el legislador al servicio de fines no atendidos por éste, y que entran además en colisión directa con el propio contenido del derecho de huelga, por lo que el derecho de huelga ha resultado lesionado.

7.-Debe estimarse el recurso, casando la sentencia de instancia impugnada y estimando la demanda, incluso en el extremo de la indemnización pretendida, dados los perjuicios inherentes a la vulneración del derecho fundamental deducible del propio relato contenido en los hechos declarados probados, visto lo prudente de la cantidad pretendida y que, en la fecha de los hechos, no estando aun vigente la LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre) no pudieron en su caso, solicitarse de forma indiscutida jurídicamente y en momento oportuno, las medidas cautelares previstas en el art. 180.3 LRJS consistentes en que " Podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando, en caso de huelga, se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas. El órgano jurisdiccional resolverá manteniendo, modificando o revocando la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que, en su caso, formulen al respecto las partes"; sin costas ( art. 233.1 LPL ).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLO:**

Estimamos, en los términos expuestos, el recurso de casación ordinario interpuesto por el "SINDICATO DE LA ELEVACIÓN" contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 26-octubre-2011 (autos 184/2011 ) recaída en proceso de tutela de derechos fundamentales a instancia del Sindicato ahora recurrente contra las entidades "ZARDOYA OTIS, S.A." y "ASCENSORES EGUREN, S.A.", casamos y anulamos la sentencia impugnada y estimamos la demanda declarando que las demandadas han vulnerado el derecho de huelga de los trabajadores en las jornadas de huelga de los días 13 y 14-junio-2011 y condenándolas solidariamente al abono de la indemnización pretendida; sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### **18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JULIO DE 2012**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.-Con fecha 10 de diciembre de 2010, el Juzgado de lo Social número 12 de Valencia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que desestimando como desestimo las excepciones de falta de acción, inadecuación de procedimiento y falta de legitimación activa, opuestas por la empresa demandada RENFE-OPERADORA y estimando como estimo la demanda de la Confederación General del Trabajo del País Valenciano, sobre vulneración de derechos fundamentales contra la empresa RENFE-OPERADORA, en la que ha sido parte el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro la conducta de la empresa demandada del día 28 de mayo de 2010, en relación con el tren nº 59.494 al sustituir a su maquinista principal en huelga por otro maquinista de la empresa, constitutiva de un acto de esquirolaje interno prohibido y contrario al derecho de huelga, condenando a RENFE-OPERADORA a estar y pasar por dicha declaración y ordenando a la demandada el cese de dichas conductas, así como a abonar al sindicato demandante la cantidad de 6.000,00 euros en concepto de reparación de los daños y perjuicios sufridos>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << 1º.-El Sindicato Confederación General del Trabajo del País Valenciano (C.G.T.), convocó huelga para todo el personal dependiente de la empresa demandada RENFE-OPERADORA, fijando como uno de los días de huelga el viernes día 28 de mayo de 2010 de las 00,00 a las 24,00 horas (Hecho conforme).- 2º.-Por Resolución del Ministerio de Fomento, Secretariado de Estado de Transportes, se fijaron los servicios mínimos para la huelga del día 28 de mayo de 2010, los cuales no incluyen los servicios mínimos en el transporte de mercancías, sólo en relación con el transporte de viajeros de



cercanías, interurbanos, alta velocidad y larga distancia y trenes talleres, trenes grúa y trenes de transporte de brigada de socorro (Folios 43 a 66).- 3º.-El día 28 de mayo de 2010, estaba programada la salida del tren nº 54494, para realizar el servicio de la Ford en Silla (Valencia) a Cerber (Tarragona), debiendo ser conducido por el maquinista principal D. Hilario (Folios 35 a 37).- 4º.-El día 28 de mayo de 2010 el citado trabajador D. Hilario , se personó en el centro de Valencia-Nord a las 12,26 horas para hacerse cargo del citado tren nº 59494 el cual debía conducirlo a Silla, desde donde tenía la salida a las 14,30 horas. No obstante, al incorporarse al puesto de trabajo, el citado trabajador manifestó que se adhería a la huelga, no obstante lo cual pudo comprobar que efectivamente el tren salía conducido hacía Silla por el maquinista D. Jose Luis , el cual firmó la orden de trabajo del citado tren. D. Jose Luis no figuraba en la lista de maquinistas convocados en Valencia-Norte para dar servicio (Folios 35 a 38 y testifical).- 5º.-La empresa demandada RENFE-OPERADORA, fue advertida por el Comité de Huelga de que no podía sustituir a un trabajador huelguista y ante las presiones del citado Comité de Huelga, procedió a cambiar de número el tren nº 59494, que quedó suprimido, transformándolo en el número GVA64, con función de tren lanzadera, que fue conducido desde Silla a la Fuente de San Luis, por el citado maquinista principal D. Jose Luis , donde permaneció parado hasta el día 29 de mayo de 2010, fecha en la que continuó su ruta a Cerber en Tarragona. La empresa justificó dicha medida en la necesidad de sacar la mercancía de la Ford por ser fin de semana, lo que al parecer hubiera impedido continuar el servicio hasta el lunes, pero sin que aportara prueba alguna de ello, ni justificara la necesidad de la sustitución del trabajador huelguista, ni los perjuicios que la demora en la prestación del servicio podían ocasionar. (Testifical y folios 39, 40 y 89 a 108).- 6º.-El convoy de mercancías y la máquina tractora eran los mismos con el nº 59.494 y con el nº GVA64, como se comprueba comparando los boletines de circulación y frenado que recibe el maquinista principal y debe entregar al llegar al destino, en ambos con la firma del maquinista D. Jose Luis , y que ambos se componen de 19 vehículos; 285 metros de longitud; 465 de masa remolcada; 552 de masa total del tren, masa frenada con freno automático 92 de motores, 453 remolcados, 545 de total, porcentaje disponible 99, necesario 65; masa frenada con freno de estacionamiento 46 en vehículo motor, 241 en remolcados, total 287, porcentaje disponible 52, necesario 10. También la mercancía transportada era la

misma (Folios 38 y 40 a 42).- 7º.-La demanda se presentó ante el Registró Único de Entrada de los Juzgados de Valencia el día 26 de julio de 2010, teniendo entrada en este Juzgado el día 28 de julio de 2010>> .

SEGUNDO.-Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia la Comunidad Valenciana, dictó sentencia con fecha 5 de mayo de 2.011 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de RENFE-OPERADORA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia de fecha 10-12-2010 , en virtud de demanda presentada a instancia de CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DEL PAÍS Valenciano; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida>>.

TERCERO.-Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Renfe Operadora el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 18 de julio de 2.011, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 12 de diciembre de 2.007 , así como la infracción del artículo 181 LPL .

CUARTO.-Por providencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2.011, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.-Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 20 de marzo de 2.012, suspendido dicho trámite, y dada la transcendencia y complejidad del asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera en Sala General, señalándose el día 27 de junio de 2.012, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si resulta viable y en qué términos

la pretensión indemnizatoria planteada por el Sindicato demandante en un proceso de tutela del derecho fundamental de huelga, en el que la sentencia recurrida estima que se ha producido tal vulneración del mismo.

El Juzgado de lo Social número 12 de los de Valencia estimó la demanda planteada por el Sindicato Confederación General de Trabajo del País Valenciano. En la parte dispositiva de la sentencia de instancia se declaraba "... la conducta de la empresa del día 28 de mayo de 2010, en relación con el tren num. 59.494 al sustituir a su maquinista principal en huelga por otro maquinista de la empresa, constitutiva de un acto de esquirolaje interno prohibido y contrario al derecho de huelga, condenando a RENFE- OPERADORA a estar y pasar por dicha declaración y ordenando a la demandada el cese de dichas conductas, así como a abonar al sindicato demandante la cantidad de 6.000Eur. en concepto de reparación de los daños y perjuicios sufridos".

Recurrida en suplicación por la empresa, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, desestimó el recurso de la empresa y confirmó la decisión de instancia.

SEGUNDO.-Para llegar esa solución, la sentencia recurrida se detiene en el análisis de los hechos, básicamente en los consignados con los números tres a cinco de la sentencia de instancia, que resume de la siguiente forma: " ...el sindicato actor, convocó huelga para todo el personal dependiente de la empresa demandada, fijando como uno de los días de huelga el viernes 28-5-10 de las 00,00h a las 24,00h; que en los servicios mínimos fijados no incluyen los servicios en el transporte de mercancías; que el 28-5-10, estaba programada la salida del tren nº 59494, para realizar el servicio de la Ford, en Silla (Valencia), a Tarragona, debiendo ser conducido por el maquinista principal Sr. Hilario , quien ese día, se personó en el centro de Valencia-Nord a las 12,26h para hacerse cargo del citado tren nº 59494 el cual debía conducirlo a Silla, desde donde tenía la salida a las 14,30h. Y, al incorporarse al puesto de trabajo, el citado trabajador manifestó que se adhería a la huelga, no obstante lo cual pudo comprobar que efectivamente el tren salía conducido hacía Silla por el maquinista Sr. Jose Luis , el cual firmó la orden de trabajo del citado tren. El Sr. Jose Luis no figuraba en la lista de maquinistas convocados en Valencia-Norte para dar servicio. La empresa demandada,

fue advertida por el Comité de Huelga de que no podía sustituir a un trabajador huelguista y ante las presiones del citado Comité de Huelga, procedió a cambiar de número el tren nº 59494, que quedó suprimido, transformándolo en el número GVA64, con función de tren lanzadera, que fue conducido desde Silla a la Fuente de San Luís, por el citado maquinista principal Sr. Jose Luis , donde permaneció parado hasta el día 29-5-10, fecha en la que continuó su ruta a Cerber en Tarragona".

Precisamente con base en esa situación fáctica puesta de manifiesto en la demanda del Sindicato actor, se pide la indemnización por daños morales valorados en 6.000 euros, justificando la pretensión en los siguiente términos: "... debido a la reiteración de sustitución de trabajadores huelguistas, como por el hecho de que la empresa mantiene su actitud lesiva delart. 28.2 de la CE , es por lo que se pide, finalmente en concepto de reparación económica a favor de la CGT como consecuencia de la violación de su derecho a la libertad de huelga una indemnización económica de 6.000 euros, con el objeto de reparar prudencialmente el daño moral y la limitación con que Operadora RENFE viene coartando a los trabajadores en su disfrute del derecho a la huelga".

Sobre esos hechos y sobre esas alegaciones, la sentencia recurrida acoge la pretensión indemnizatoria del demandante y razona que la empresa intentó justificar las medidas relatadas "... en la necesidad de sacar la mercancía de la Ford por ser fin de semana, lo que al parecer hubiera impedido continuar el servicio hasta el lunes, pero sin que aportara prueba alguna de ello, ni justificara la necesidad de la sustitución del trabajador huelguista, ni los perjuicios que la demora en la prestación del servicio podía ocasionar. El convoy de mercancías y la máquina tractora eran los mismos con el nº 59.494 y con el nº GVA64, como se comprueba comparando los boletines de circulación y frenado que recibe el maquinista principal y debe entregar al llegar al destino, en ambos con la firma del maquinista Sr. Jose Luis , y que también la mercancía transportada era la misma. De todo lo cual debe concluirse que la demandada efectuó una sustitución "interna" de un trabajador huelguista por otro trabajador de la propia empresa, que ni siquiera estaba convocado al trabajo ese día en Valencia-Nord".

TERCERO.-El recurso de casación para la unificación de doctrina lo interpone ahora frente a esa sentencia la empresa RENFE Operadora, denunciando la infracción

del artículo 181 LPL y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 12 de diciembre de 2.007, dictada en el recurso 25/2007 .

Esta sentencia se pronunció también en un proceso de tutela de los derechos de libertad sindical y de huelga instado por el Sindicato Comisión de Trabajadores Asamblearios, en demanda formulada frente a la empresa Iberia LAE, S.A. Al igual que en la recurrida, la sentencia de contraste declara que la empresa había vulnerado el derecho de libertad sindical y de huelga de los trabajadores afectados por ella al expedir por error órdenes de vuelo a dos aeronaves que no se encontraban comprendidas dentro de los servicios esenciales señalados, razonándose sobre ello que "... si bien es cierto que, una vez Iberia se dio cuenta del error, lo comunicó a los TCP, para que si lo estimaban oportuno se sumaran a la huelga, lo que estos declinaron, no es menos cierto que la conducta de la empresa de entregarles la comunicación de servicios esenciales, lo que implica estar a disposición de la empresa para iniciar el trabajo, supone si no un impedimento del derecho de huelga si una limitación considerable al ejercicio del mismo".

En cuanto a la indemnización por daños morales solicitada por el Sindicato demandante, la sentencia de contraste se remite a la redacción del hecho séptimo de la demanda -sin otras precisiones en el proceso- en el que se limitaba el demandante a indicar lo siguiente: "como indemnización por los daños morales sufridos por la vulneración del derecho de huelga y libertad sindical, se solicita se condene a la demandada al abono de 3.000€. Respecto a la fijación de la indemnización por daños morales, al existir una clara dificultad de cuantificación, se solicita esta cantidad simbólica, en concepto de compensación sustitutiva de la efectividad del derecho, y no de reposición de un daño material".

Desde esa pretensión indemnizatoria y desde el análisis de los hechos sobre los que se proyectó el reconocimiento de la vulneración del derecho fundamental en ese caso, la Sala expone la doctrina unificada en el sentido de que es necesario admitir que en determinados supuestos exista una relación o implicación directa entre la conducta lesiva del derecho fundamental y el daño moral.

Pero dicho esto y a continuación, la sentencia de contraste afirma que "en el presente caso no hay esa implicación directa entre conducta lesiva del derecho fundamental y daño moral.No es que se niegue la posibilidad de esa relación, sino simplemente que la misma no resulta de la simple salida de dos vuelos que fueron presentados inicialmente como servicios esenciales, aunque antes de la salida se aclaró que no lo eran y la participación final en el vuelo fue voluntaria por parte de los trabajadores, aunque la decisión de éstos pudo estar influida por las circunstancias de la convocatoria".

Esa decisiva referencia al caso concreto que lleva a cabo la sentencia de contraste para concluir que en ese supuesto no se habían producido daños morales se expresa claramente en ella cuando se dice que la implicación directa entre vulneración del derecho fundamental y daño moral "... no puede derivarse de la simple salida de vuelos en las circunstancias descritas cuando no sólo se desconoce la repercusión de éstos sobre el resultado de la huelga, sino que tampoco consta ninguna circunstancia que pueda vincular la realización de esos vuelos con un descrédito para el sindicato o un deterioro de su imagen pública, algo que ni siquiera se ha alegado por la parte demandante".

CUARTO.-Tal y como se puede ver de la comparación del contenido de la sentencia recurrida y la de contraste, en realidad las dos resoluciones parten de una misma posición doctrinal, como es la de que cabe la posibilidad de apreciar la existencia de daños morales producidos directamente por una conducta empresarial que haya vulnerado el derecho fundamental de libertad sindical en relación con el de huelga (artículo 2.2 d ) y 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical).

En ese sentido, para la sentencia recurrida ya se ha visto antes con detalle que la vulneración del derecho fundamental se deduce de los hechos pormenorizadamente antes descritos, derivándose entonces la indemnización por daños morales directamente de tales hechos, de su alegación en la demanda, y de su justificación en relación con la propia entidad de los mismos, de los que se desprendía una conducta empresarial incuestionable, patente evidente y directamente vulneradora del derecho fundamental de huelga, extremo sobre el que se ofrecía en la demanda una razonable vinculación justificada con los daños morales alegados.

Por el contrario, en la sentencia de contraste, aunque se parte de la misma posibilidad de que algunas ocasiones pueda existir una implicación directa entre la conducta lesiva del derecho fundamental y los daños morales, inmediatamente se aclara que en ese caso concreto no cabe extraer esa conclusión porque la misma no se puede extraer del hecho de que se produjera la salida de dos vuelos que fueron presentados inicialmente y por error como servicios esenciales por la empresa, en los términos antes indicados.

Puede verse entonces que entre las sentencias comparadas no se produce la triple identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para que esta Sala pueda llevar a cabo la función unificadora de la doctrina, de manera que aún siendo distintas las soluciones adoptadas en aquéllas, realmente no se puede decir que sean contradictorias, al basarse en hechos y fundamentos distintos y sobre pretensiones formuladas también de manera diferente en cuanto a la justificación de daño.

En consecuencia, esa ausencia del requisito de la contradicción que pudo conducir en su día a la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina ha de conducir ahora a la desestimación del mismo, y de conformidad con lo previsto en el artículo 233.1 de la LPL , habrán de imponerse las costas a la parte recurrente, decretándose también la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Irene Aranda Varela, en nombre y representación de RENFE OPERADORA, contra la sentencia de 5 de mayo de 2.011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de suplicación número 634/2011 , formulado frente a la sentencia de 10 de diciembre de 2010 dictada en autos 996/2010 por el Juzgado de lo Social número. 12 de Valencia seguidos a instancia de la Confederación General del Trabajo del País Valenciano contra Renfe-Operadora sobre vulneración de derechos fundamentales. Con imposición

de costas a la parte recurrente y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **XXIX. BIBLIOGRAFIA**

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. ° 84, páginas. 55-61.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.



- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.

- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. [www.acosolaboral.org.uy](http://www.acosolaboral.org.uy). 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. [www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm](http://www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm). 13,20 horas. 12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de

género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo?

Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PÉREZ REY, J., Estabilidad en el empleo, Trotta, Madrid, 2004.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.



- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RÉ, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

**T**ALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST OPUS  
ET SACRIFICIUM