

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LIBERTAD SINDICAL.

A) Contenido y alcance.

- a) Derecho del sindicato a formar parte de determinadas comisiones.
- b) Vulneración del derecho de libertad sindical. Desestimación. Exclusión de sección sindical en acuerdo extraestatutario.

B) Conducta antisindical.

- a) Libertad sindical. Requisitos para el establecimiento de la RPT. Principios de jerarquía normativa.
- b) Derecho de reunión y libertad sindical. Obligación de pedir permiso. No vulnera tal derecho.
- c) Libertad sindical. Sección sindical. Asesor. Acceso a la empresa.

C) Secciones sindicales.

- a) Delegado sindical. Crédito horario. Extinción de empresa. Sucesión. Desestimación del recurso.

D) Tutela del Derecho Fundamental.

- a) Derechos y garantías de los representantes.
 - a') Despido nulo. Vulneración del derecho de libertad sindical. Delegado sindical.
 - b') Despido nulo. Candidato a elecciones sindicales. Indemnización.
- b) Competencias materiales y principio de indemnidad económica.
 - a') Libertad sindical. Delegado sindical. Derecho de información. Productividad.
 - b') Crédito horario. Acumulación. Comité y delegados LOLS.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

A) Garantías de la representación unitaria.

- a) Garantías frente al despido del representante antes de su presentación o proclamación.
- b) Prioridad de permanencia: requisitos.

B) Competencias de la representación unitaria.

- a) Derecho de información pasiva y despidos plurales.

3. CONFLICTO COLECTIVO.

A) El proceso de conflicto colectivo: objeto.

- a) Conflicto jurídico y no de intereses. Interpretación de la Disposición Transitoria 5.ª del Convenio Colectivo para el Personal de la Administración y Servicios Laborales.
- b) Existencia de práctica empresarial susceptible de control por el proceso de conflicto colectivo. Abono a determinados trabajadores de un complemento salarial, en base a determinadas Circulares empresariales, ya derogadas, y que no viene establecido en los convenios colectivos posteriores; «Gas Natural SDG, SA».
- c) Inadecuación de procedimiento: promoción generalizada de elecciones sindicales reguladas en el art. 67.1 ET.

B) Concurrencia del elemento subjetivo para la calificación de conflicto colectivo.

4. HUELGA.

- A) Vulneración del Derecho de Huelga. Dimensión «refleja» o «transferida» de la garantía de la indemnidad. Tutela constitucional de los trabajadores de la contrata.**
 - B) Esquirolaje interno. Sustitución de huelguistas con trabajadores de la misma categoría y procedencia de la indemnización por el daño moral causado.**
 - C) Huelga ilegal: definición de huelga e incumplimiento de los servicios mínimos.**
-

CONSIDERACION PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2011 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

- a) *Derecho del sindicato a formar parte de determinadas comisiones*

Nuevamente se plantea la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva de un sindicato no firmante de un convenio estatutario de empresa en tanto que el propio texto pactado disciplina varias comisiones paritarias con funciones negociadoras de las que queda excluido el sindicato demandante. Pues bien la **STS de 5 de octubre de 2010**, IL J 1853, reiterando la doctrina mantenida en la STS de 20 de mayo de 2010 (Rº 9/2009), recuerda que no puede excluirse a un sindicato con legitimación inicial de la participación en comisiones creadas en el propio convenio con funciones negociadoras y hasta de regulación de determinadas condiciones laborales. En aplicación de dicha doctrina deben considerarse nulas por violación del derecho a la negociación colectiva que forma parte del derecho de libertad sindical, según doctrina inconclusa del Tribunal Constitucional, varias disposiciones del convenio enjuiciado en cuanto excluyen al sindicato recurrente de participar en unas comisiones que tienen importantes funciones reguladoras de condiciones laborales.

b) *Vulneración del derecho de libertad sindical. Desestimación.
Exclusión de sección sindical en acuerdo extraestatutario*

Un pronunciamiento en sentido inverso es el mantenido en la **STS 21 de octubre de 2010**, IL J 1870, en el que el TS dirime la posible vulneración de la libertad sindical derivada de la exclusión de un sindicato —en el caso una Sección Sindical— de la negociación de un pacto o acuerdo extraestatutario. Cuestión ésta, a la que la una pacífica doctrina jurisprudencial ha dado ya respuesta negativa en tanto que no toda limitación a la capacidad de actuación de un sindicato determina necesariamente una vulneración de la libertad sindical sino que la lesión sólo se producirá cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación, como sucede en el supuesto de las exclusiones o minoraciones de presencia sindical en las comisiones creadas por convenios colectivos con facultades negociadoras, o en el caso de la utilización de las mayorías legales para alcanzar un convenio estatutario con exclusión del sindicato legitimado, o cuando la actuación unilateral del empresario, amparada en principio por las facultades directivas implícitamente reconocidas por la libertad de empresa (art. 38 CE) afecte a la posición negociadora del sindicato vaciando sustancialmente de contenido la negociación colectiva. Admitido por la propia Sección Sindical recurrente, que los pactos o acuerdos de los que ha sido excluida tienen el carácter de pactos extraestatutarios, la aplicación de la doctrina trascrita impone el rechazo del motivo, pues dicha exclusión, conforme a los razonamientos expuestos, no implica vulneración de los preceptos invocados como infringidos, ni por ende, de derecho de Libertad Sindical.

B) Conducta antisindical

a) *Libertad sindical. Requisitos para el establecimiento
de la RPT. Principios de jerarquía normativa*

La sanción jurídica al incumplimiento del derecho a la negociación colectiva reconocido en el Estatuto Básico del Empleado Público es la nulidad del acto; dicha sanción merece la Orden **JUS/3773/2007** sobre una relación de puestos de trabajo, ya que por su propio y singular contenido sustantivo y dentro los términos en que viene establecido por los artículos 15.1 b) **Ley 30/1984**, **74 Ley 7/2007** y **521 de la LOPJ**, dicho acto hubiese exigido la negociación colectiva. Esta Orden afecta claramente a las condiciones de trabajo, entre otras, las retribuciones y criterios generales sobre la oferta de empleo público en tanto que la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público deben moverse dentro de los límites de la RPT, y por ello, la falta de negociación, cuando sea procedente y obligatoria como en el supuesto enjuiciado, supone la ausencia de un elemento esencial que vicia el procedimiento y hace nulo el acto (**STS CA 11 de noviembre de 2011**, IL J 651).

b) *Derecho de reunión y libertad sindical. Obligación de pedir permiso. No vulnera tal derecho*

Los límites al derecho de reunión son nuevamente reiterados en la **STS de 22 de noviembre de 2010**, IL J 1937, que reproduciendo la doctrina sentada por el TC declara que: «el derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites por no ser un derecho absoluto e ilimitado», lo que confirma la legalidad de la actuación de la Generalitat de Cataluña al considerar ajustada a Derecho la decisión adoptada en relación a los límites impuestos al derecho de reunión de los empleados públicos. En este sentido, la sentencia recuerda que la empresa no está obligada a aceptar que la reunión se celebre dentro de las horas de trabajo, sin que se deba olvidar que el ejercicio del mismo debe respetar el interés general existente en la prestación de todo servicio público.

c) *Libertad sindical. Sección sindical. Asesor. Acceso a la empresa*

Se considera contenido adicional del derecho de libertad sindical aquellos que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. El derecho fundamental se integra no sólo por

su contenido esencial, sino también por ese contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el artículo 28.1 CE, si bien estos derechos adicionales pueden ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical. Aplicando dicha interpretación, la **STSJ Andalucía de 14 de septiembre de 2010**, IL J 93, desestima el recurso planteado por una sección sindical tras la negativa de una empresa a facilitar el libre acceso de un asesor sindical a sus dependencias en tanto que esta actividad, aunque prevista en el convenio, debe ejercitarse conforme a la regulación contenida en el texto que reguló tal derecho y que el sindicato accionante no observó.

C) Secciones sindicales

- a) *Delegado sindical. Crédito horario. Extinción de empresa. Sucesión. Desestimación del recurso*

Reitera la **STS de 16 de septiembre de 2010**, IL J 1870, la doctrina pacífica en relación a la exigencia de 250 trabajadores establecida por el art. 10.1 LOLS para tener derecho a la creación de sección sindical con las garantías que el propio precepto dispone. Este volumen de empleo ha de referirse, como es sabido, a cada centro de trabajo y no al conjunto de la empresa, y si ello es así, con mayor motivo habría de rechazarse la posibilidad de que pueda acudir al módulo «empresa» para alcanzar el número de trabajadores exigido por la Ley como requisito de la constitución —con todos los derechos— de la sección sindical; y menos cuando se hace, como en la sentencia analizada, eligiendo las tres concretas empresas del grupo en las que no existen —en razón a carecer individualmente de 250 empleados— secciones sindicales propias.

D) Tutela del Derecho Fundamental

- a) *Derechos y garantías de los representantes*

a') Despido nulo. Vulneración del derecho de libertad sindical. Delegado sindical

La **STSJ Castilla y León 1 de octubre de 2010**, IL J 119, confirma la nulidad del despido de un trabajador que ostentaba la cualidad de delegado sindical y como tal ejercitaba dentro de la empresa la actividad sindical acorde con el propio ser del sindicato de su pertenencia. A lo anterior no obsta que algunos delegados sindicales (*ex art. 10 LOLS*) disfruten de determinadas ventajas porque así lo ha querido el legislador, pero el hecho de que el demandante no se encontrase dentro de este artículo no es ni mucho menos impeditivo de que tengan el carácter de representación de la sección ante la empresa, entre otras razones porque es parte esencial de la libertad sindical y de la propia acción sindical; lo contrario dejaría sin contenido a la secciones de los sindicatos no amparados por el art. 10 LOLS. Así podemos decir que existen dos tipos de delegados: aquellos con atribuciones legales, mientras otros carentes de ellas, los delegados sin atribuciones legales, donde se sitúa el trabajador despedido. Este último inciso contiene el explícito reconocimiento de la doble tipología de delegados sindicales: los que tienen atribuciones legales, porque reúnen la doble condición de que su sindicato cuenta con presencia en la representación unitaria en la empresa y porque ésta supera el número de 250 trabajadores (art. 10.1 LOLS) y los que no tienen aquellas atribuciones legales, que la doctrina identifica como portavoces, representantes, delegados internos, delegados privados, etc., pero que sólo tienen atribuida la acción sindical que, en general, se reconoce a las secciones sindicales el art. 8 LOLS pero cuya protección contra el despido ha de tener la misma intensidad.

A pesar de lo anterior, la **STSJ Andalucía de 21 de octubre de 2010**, IL J 203, recuerda que la inversión de la carga de la prueba no surge ante la mera invocación de tratamiento discriminatorio o

vulnerador del derecho fundamental sino que es necesario que se acredite la presencia de circunstancias que constituyan indicios racionales de dicha vulneración y que una vez aportados tales indicios que provocan en el Juzgador la duda racional de que se ha podido producir algún tipo de conducta lesiva de los derechos fundamentales, la carga probatoria de la legalidad de la medida recae en plenitud sobre el empleador. En dicha sentencia, el trabajador no aporta indicio alguno de tal vulneración de tal derecho fundamental; ni de la que alegó en su demanda ni de la que extemporáneamente invocó con posterioridad, sin que por el mero hecho de ostentar la condición de delegado sindical deba tenerse por acreditada la discriminación alegada, referida a conductas que, lejos de haberse probado su ilegalidad, se mantienen con el conjunto de los trabajadores del departamento del demandante. Este mismo razonamiento se incluye en la **STSJ Madrid de 22 de noviembre de 2010**, IL J 294, en relación a un proceso de despido y en la **STSJ Madrid de 19 de noviembre de 2010**, IL J 964, que resuelve un recurso de suplicación en el que se enjuicia si un liberado sindical tiene derecho a un complemento retributivo específico por un trabajo de superior categoría que dicho trabajador no ha podido realizar, habida cuenta de su cualidad de representante legal.

b') Despido nulo. Candidato a elecciones sindicales. Indemnización.

Sí que se invierte esta carga de la prueba en la **STSJ Castilla La Mancha 9 de noviembre de 2010**, IL J 247, que enjuicia el despido de un trabajador que se había presentado como candidato a un proceso electoral, habiendo sido despedido pocos días después. La empresa reconoció la improcedencia en el mismo acto de comunicación del despido; desde dicha perspectiva, ninguna evidencia presenta la empresa demandada que venga a justificar mínimamente la existencia de una causa de despido que, independientemente de su legalidad o no, pudiese justificar el mismo. Falta pues de prueba alguna por parte de la empleadora que pueda alejar la efectividad de los indicios vulneradores del derecho de libertad sindical que determinan la necesidad de ratificar la nulidad de dicho acto extintivo. También concurre la prueba indiciaria a la que alude el Tribunal Constitucional en la **STSJ Extremadura de 18 de noviembre de 2010**, IL J 281, que enjuicia el despido declarado improcedente de un representante unitario, lo que sitúa al empresario en la obligación de acreditar que concurren motivos serios, extraños a la vulneración del derecho cuestionado, para adoptar la decisión de despedir. En otras palabras, el empresario tendrá que probar que existen causas que explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, y en el caso enjuiciado no lo hace, justo al contrario. Primeramente reconoce el despido improcedente, y ni en la sentencia de instancia ni tan siquiera en el escrito de impugnación presentado por la empresa, consta en modo alguno razón que justifique su decisión. La empresa no alega causa alguna que justifique el despido, aun cuando no pueda llegarse a acreditar su procedencia, que es la carga que incumbe al empresario, y en este punto nada ha quedado probado, es más, nada se ha intentado probar, lo que nos conduce a afirmar que el despido ha de ser declarado nulo por infracción del derecho a la garantía de indemnidad.

b) *Competencias materiales y principio de indemnidad económica*

a') Libertad sindical. Delegado sindical. Derecho de información. Productividad.

Nuevamente se plantea el alcance material del derecho de información de un sindicato minoritario, concretamente si este tiene derecho a la información relativa al escalafón o relación ordenada de trabajadores del centro de trabajo, ordenado por grupos laborales y por antigüedad, conforme a los derechos reconocidos en el convenio colectivo. El sindicato accionante sostenía que la negativa empresarial entrañaba una lesión del derecho fundamental de libertad sindical en su vertiente del derecho a la información, al ser una decisión arbitraria, injustificada y contraria al convenio colectivo de aplicación. Desde una perspectiva funcional, el acceso del sindicato a esta información es un componente del derecho a la actividad sindical si bien podrían admitirse limitaciones en la entrega

de dicha información si el sindicato ya tiene conocimiento de las mismas (por ser parte integrante del Comité Intercentros). De no acreditarse tal extremo, la empresa está obligada al suministro de tal información. También se cuestiona el alcance del contenido de la información en relación a determinados complementos salariales en la **STSJ Andalucía 5 de octubre de 2010**, IL J 165. El Ente Local no había denegado al delegado sindical la información que solicitaba en relación con el complemento de productividad percibido por los trabajadores, sino que se lo proporcionó en los términos que creía adecuados conforme al requerimiento efectuado por la Agencia Española de Protección de Datos, que en resolución de 13 de julio de 2.009, exigía al Ayuntamiento que «se abstuviera de ceder a los representantes de los trabajadores y publicar la cuantías correspondientes al complemento de productividad percibidas por los trabajadores». Por ello entiende la STSJ que el ente local cumplió su obligación de poner en conocimiento del representante de los trabajadores los datos relativos al percibo del complemento de productividad sin especificar la cantidad abonada a cada trabajador, vistas las facultades sancionadoras de la Agencia Española de Protección de Datos, y por ello no puede considerarse vulneradora del derecho a la libertad sindical del trabajador, todo ello entendido sin perjuicio del derecho del representante sindical a obtener estos datos, siempre que acredite la existencia de un interés legítimo y un objetivo laboral.

En similar sentido, se pronuncia la **SAN de 26 de enero de 2011**, IL J 654, en la que confirma la legalidad de la actuación de una empresa que no remite una información sobre la capa directiva en tanto que no existe ninguna obligación legal conforme a lo preceptuado en el art. 64 ET que establezca tal contenido dentro de las materias objeto de la información.

b') Crédito horario. Acumulación. Comité y delegados LOLS

La posible acumulación del crédito horario otorgado a los representantes unitarios junto al reconocido a los representantes sindicales, práctica previamente tolerada por la empresa demandada es enjuiciada en la **STSJ Madrid 15 de noviembre de 2010**, IL J 265, que resuelve el recurso planteado por CGT en relación a la presunta vulneración del derecho a la libertad sindical de dicho sindicato tras la expresa prohibición de acumular el crédito horario correspondiente a los miembros del Comité de empresa y de los Delegados sindicales en una bolsa de horas, pudiendo cualquiera de los representantes hacer uso indistinto de la misma, o subsidiariamente acumular el crédito horario correspondiente a miembros del Comité de empresa y Delegados sindicales en diferentes bolsas de horas, y en todo caso, ceder o acumular el crédito horario sin necesidad de indicar explícitamente la fecha y hora en que se va a hacer uso de las mismas.

Alguna sentencia en suplicación había admitido tal acumulación de crédito horario entre representantes no homogéneos pero condicionaba dicha posibilidad a que el Convenio Colectivo expresamente contemplase la opción de acumular horas correspondientes a delegados sindicales y a miembros del comité de empresa pertenecientes al mismo sindicato, tal y como sucedía en el convenio de aplicación. Esta doctrina es aplicada en el supuesto enjuiciado, declarando ilegal la actuación empresarial.

2. REPRESENTACION UNITARIA

A) Garantías de la representación unitaria

a) *Garantías frente al despido del representante antes de su presentación o proclamación*

Entre las garantías con que cuentan los representantes de los trabajadores para el libre ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, destaca la prevista en el apartado cuarto del art. 56 ET, que

otorga la opción entre la readmisión y la indemnización, genéricamente atribuida a la empresa para el caso de despido improcedente, al representante legal de los trabajadores o al delegado sindical y para el mismo supuesto.

La dicción literal del precepto se queda precisamente ahí, en el «representante legal» o «delegado sindical». Sin embargo, pronto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional amplió su ámbito de actuación, pues declararon que también se aplica a aquellos representantes legales elegidos tras su cese en la empresa. Así, la STS de 22 de diciembre de 1989 declaró que «aunque el art. 56.3 del ET se refiere a la facultad de opción de los representantes legales de los trabajadores, tal garantía debe extenderse a los proclamados candidatos que fueron despedidos apresuradamente días antes de las elecciones, sin base alguna para ello, y siendo elegidos en dichas elecciones. Interpretando conforme a la realidad social (art. 3 del Código Civil) que la expresión “representantes legales de los trabajadores” debe comprender a los candidatos proclamados a las elecciones que fueron elegidos en nuestro caso, pues una interpretación restrictiva pudiera llevar a un fraude de ley tendente a evitar accesión a la condición de representantes de quienes fueron elegidos en elecciones regularmente celebradas».

Por consiguiente, con el objetivo de evitar injerencias por parte de la empresa en las elecciones a representantes de los trabajadores, la opción por la readmisión o la indemnización se extiende a quien se hubiere presentado o hubiere sido proclamado como candidato a la elección o al nombramiento como representante de los trabajadores.

Pero, ¿qué ocurre cuando al tiempo del despido el trabajador no se hubiera presentado o no hubiera sido proclamado oficialmente como candidato? ¿Está cubierto por lo dispuesto en el art. 56.4 ET?

Éste es precisamente el supuesto que resuelve la **STS de 28 de diciembre de 2010, IL J 69**, que se refiere al supuesto del despido de un trabajador después de realizada la asamblea en la que el sindicato decide incluirle en su lista, pero antes de la presentación de su candidatura y su proclamación como candidato.

Pues bien, según el TS, sobre la base del mismo criterio, es decir, evitar injerencias por parte de la empresa en el proceso electoral, señala que «la protección que el art. 56.4 del E.T. da a los representantes de los trabajadores cubre también a aquellos empleados cuya candidatura electoral no se haya presentado formalmente antes de su despido, siempre que el proceso electoral este iniciado, la empresa conozca su condición de candidato y haya resultado elegido tras el cese».

A este respecto, recuerda que esta doctrina es aplicable a los supuestos de declaración judicial de despido improcedente, esto es, cuando ya se ha descartado la existencia de un móvil sindical o discriminatorio, por lo que tendría un carácter subsidiario respecto de éste.

b) Prioridad de permanencia: requisitos

Otra de las garantías atribuidas por nuestro ordenamiento a los representantes de los trabajadores es la prioridad de permanencia en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, a que se refieren los arts. 52 c) y 68 b) ET. La finalidad de esta garantía busca impedir que las decisiones empresariales, aun estando plenamente justificadas, puedan redundar en una perturbación innecesaria y evitable de la función representativa al separar al representante de sus representados. A este respecto, la STS de 30 de noviembre de 2005 ha establecido que tal garantía debe extenderse a todas las secciones de la empresa (y no sólo a aquella en la que se produzcan las causas objetivas), pero que se exige que exista homogeneidad entre los puestos de trabajo que se conservan con los desempleados por los representantes.

Esa falta de homogeneidad lleva a la **STSJ Cataluña de 13 de septiembre de 2010, IL J 92**, a rechazar el recurso interpuesto por un representante de los trabajadores a quien se despidió por cau-

sas económicas ya que no puede aceptar que «la categoría de montador de grúas pueda ser en ningún caso, equivalente o intercambiable con la de conductor, en los términos establecidos en el artículo 22.3 del TRLET», pues «para considerar que existe equivalencia entre las categorías profesionales exige que la aptitud profesional propia de la primera, sea suficiente para desarrollar las funciones laborales básicas de la segunda, previa realización de cursos simples de adaptación o formación». La difícil situación económica de la empresa había llevado a una reducción de la plantilla al mínimo legal imprescindible para la supervivencia de aquélla (cuatro personas).

B) Competencias de la representación unitaria.

a) Derecho de información pasiva y despidos plurales

Dentro de los derechos que el ET reconoce al Comité de Empresa como forma de representación legal de los trabajadores destaca la de ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma (art. 64), lo que se concreta en el derecho del comité de empresa a conocer «los documentos relativos a la terminación de la relación laboral» [art. 64.4 b)]. Para el caso de despidos plurales, el Estatuto habla de la obligación de la empresa de entregar una copia del «escrito de preaviso» a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento [art. 53.1 c)].

La finalidad de esta última precisión es la de facilitar a los representantes de los trabajadores el control de las extinciones *ex art. 52.c)* del ET, evitando elusiones fraudulentas del procedimiento de regulación de empleo del art. 51 del ET. Por ello, la jurisprudencia ha interpretado que tal obligación se refiere a la propia carta de despido, ya que el preaviso no contiene en sí mismo información relevante para que los representantes de los trabajadores puedan controlar estas decisiones extintivas.

Por consiguiente, si existe una obligación legal por parte de la empresa de entregar copia de la carta a los miembros del comité, la pregunta surge si se cumple con tal obligación con la simple presencia de los representantes legales de los trabajadores en el momento de la entrega a los trabajadores despididos. La **STSJ Baleares de 23 de septiembre de 2010**, IL J 109, responde a esta cuestión.

Se trata de un supuesto en el que dos representantes del Comité estuvieron presentes en la entrega de las cartas de despido de los trabajadores, momento en el que además la empresa explicó de palabra los motivos del despido, haciendo un breve resumen de las causas del despido objetivo, y dando lectura a las comunicaciones preparadas para entregar a los trabajadores.

La sentencia da por cumplida la obligación legal pues «resulta patente que los representantes de los trabajadores tuvieron conocimiento de las causas alegadas por la empresa para proceder a las extinciones contractuales y del número de trabajadores afectados por las mismas, dándose cumplimiento al objetivo legal perseguido por el art. 53.1.c) del ET. Y ello a pesar de que no dispusieran materialmente de una copia de las cartas de despido, pues los propios representantes reconocen y así queda probado que tuvieron acceso directo al su contenido de las cartas de despido en el momento mismo de su entrega a los trabajadores afectados por las extinciones objetivas».

No obstante, ésta no es la única cuestión controvertida del caso. La parte demandante alegaba igualmente el incumplimiento de la obligación a que nos venimos refiriendo por cuanto que los dos representantes del comité no ostentaban tal condición, pues eran suplentes de los titulares iniciales.

A este respecto, la Sala rechaza el argumento sobre la base de dos razonamientos principales. El primero, señala que, si bien el art. 67.5 del ET preceptúa que «las sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinciones del mandato se comunicarán a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral y al empresario, publicándose asimismo en el tablón de anuncios», el eventual incumplimiento de este requisito formal no puede privar a estos últimos representantes legales de los trabajadores, que han adquirido dicha condición por disposición legal, del disfrute de sus garantías y facilidades

y del ejercicio de sus funciones. La ley resulta clara al respecto: la condición de representante se adquiere automáticamente al producirse la vacante por cualquier causa.

El segundo, se refiere a los actos coetáneos, pues del relato fáctico se desprendería que ambos sujetos venían desempeñando sus funciones como representantes, lo que había sido asumido sin oposición por parte de la empresa.

3. CONFLICTO COLECTIVO

Plantea cierta litigiosidad la apreciación de los elementos que componen la definición de conflicto colectivo o controversia entre empresario y trabajadores que afecta a intereses generales de un grupo genérico de ellos y que versan sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa (art. 151 LPL). La concurrencia de estos elementos (objetivo, subjetivo y el finalista) que conforman la definición de conflicto colectivo tiene efectos importantes para las partes enfrentadas porque, por ejemplo, si no se trata de un conflicto jurídico sino de intereses o económico la competencia no es del orden jurisdiccional social. A continuación se analizan algunos ejemplos prácticos de conflicto colectivo.

A) El proceso de conflicto colectivo: objeto

a) *Conflicto jurídico y no de intereses. Interpretación de la Disposición Transitoria 5.^a del Convenio Colectivo para el Personal de la Administración y Servicios Laborales*

Se interpone recurso de casación por el Sindicato de la CCOO de Catalunya (CONC), contra la Sentencia del TSJ de Cataluña, de fecha 01-02-2010, dictada en autos promovidos por el recurrente contra la «Universitat Rovira i Virgili», en reclamación sobre conflicto colectivo. Se combate la apreciación judicial relativa a que no existe conflicto colectivo sino conflicto de intereses para lo cual la jurisdicción social no resulta competente, alegando el recurrente que concurren todos los requisitos para que la demanda se tramite y resuelva como conflicto colectivo: grupo genérico de trabajadores, interés general indivisible e interpretación de una norma jurídica, la Disposición Transitoria Quinta del Convenio Colectivo para el Personal de la Administración y servicios laborales, de aplicación a la demandada —DOGC núm. 5297 de 16 de enero de 2009, con vigencias de 2004 a 2009— que establece lo siguiente: «Plus de Peligrosidad. La Comisión Paritaria analizará las fórmulas o propuestas que, en el marco de la adecuación de los puestos de trabajo en términos de prevención y previa eliminación del riesgo, permita la supresión y/o transformación del plus de peligrosidad sin que en ningún caso comporte la disminución de las retribuciones de los trabajadores afectados». En concreto, la cuestión litigiosa de fondo consiste en la novación de los conceptos retributivos (plus de peligrosidad, toxicidad y dureza) del Convenio Colectivo decidida de forma unilateral por la Universitat Rovira i Virgili.

La **STS de 4 de noviembre de 2010**, IL J 11, señala que no puede compartir el criterio de la sentencia recurrida, pues aplicada la doctrina jurisprudencial dictada sobre el tema litigioso, ninguna duda cabe que nos encontramos ante un conflicto colectivo jurídico —y no de intereses o económico—, que se contrae a la interpretación la Disposición Transitoria Quinta del citado Convenio Colectivo de cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción social. Se trata en el mismo, y, esto es esencial a los efectos de determinar a quién corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional, de examinar y decidir sobre una pretensión formulada por un Sindicato relativa a un grupo genérico de trabajadores y promovida «dentro de la rama social del derecho», para lo cual es competente, conforme al art. 1 de la Ley de Procedimiento Laboral, la jurisdicción del orden social, tanto en los conflictos individuales como colectivos.

En definitiva, nos encontramos con un conflicto jurídico o de aplicación, tramitable con arreglo a las normas establecidas para el proceso de conflictos colectivos por la citada norma procesal, al versar, conforme exige en el art. 151.1 de la misma, sobre la interpretación o aplicación de normas. Y no, por el contrario, de un conflicto económico, de intereses o de regulación, pues no persigue la modificación o dar contenido a norma preexistente, sino el alcance o incidencia del precepto mencionado y de la intervención de la Comisión Paritaria en el análisis de las fórmulas o propuestas a que se refiere el precepto.

Todo los argumentos conducen, como se ha dicho, a la estimación del motivo, y, consiguientemente, a declarar la competencia de la jurisdicción del orden social, en aplicación de lo establecido en los arts. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1, 2 y 151 de la citada Ley de Procedimiento Laboral.

b) *Existencia de práctica empresarial susceptible de control por el proceso de conflicto colectivo. Abono a determinados trabajadores de un complemento salarial, en base a determinadas Circulares empresariales, ya derogadas, y que no viene establecido en los convenios colectivos posteriores; «Gas Natural SDG, SA».*

Por la representación de la Confederación Intersindical Galega y Federación de Industria de CCOO se plantearon demanda de Conflicto Colectivo para que se declare el derecho de todo el personal que presta servicios a las empresas demandadas en su Zona Norte (las cuatro provincias gallegas y la Central de Anllares en León) que para la realización de sus funciones deba conducir un vehículo de empresa, a percibir la gratificación por conducción en la cuantía y conforme a la escala mensual prevista en el Convenio Colectivo, por cada uno de los días en que lleven a cabo esta función.

El origen de la presente litis se encuentra en las Circulares 733/81 y 734/81 de la empresa demandada de las que se hizo eco y reiteró el Convenio Colectivo de 1990 para el personal de la Zona Norte, distinto del de la Zona Centro. En las citadas Circulares, se estableció un complemento retributivo para los electricistas conductores por día de trabajo efectivo, siempre que se les encomendase el mantenimiento del vehículo asignado, gratificación que suplía el abono de las horas extras realizadas en el mantenimiento del vehículo y que también se reconocía a los lectores—cobradores que simultaneaban sus funciones con las de la conducción de un vehículo. En los convenios colectivos, posteriores, del Grupo de Empresas de Unión Fenosa, el II y el III, no se hace ninguna mención al citado complemento que desapareció del Convenio de la Zona Norte de 1995 a 1999, coincidiendo con el establecimiento de nuevas categorías profesionales y la desaparición de la de electricista-conductor. Sin embargo, la empresa ha continuado abonando el complemento por conducción a los trabajadores que, según ella, desempeñan funciones equivalentes a las de electricista conductor, complemento que revaloriza anualmente en el mismo porcentaje que el salario de convenio y que viene reconociendo con arreglo a los criterios establecidos por las Circulares 733 y 734 de 1981.

La sentencia recurrida ha estimado que el procedimiento de conflicto colectivo no es el adecuado para resolver la pretensión planteada. Su decisión la basa en que no existe ninguna norma convencional o legal que ampare la pretensión ejercitada, ni tampoco una práctica empresarial que la reconozca con carácter general. Reconoce la sentencia que ciertos trabajadores vienen cobrando esa gratificación y que la misma se revaloriza anualmente, pero sostiene que ello es simple manifestación del reconocimiento por la empresa de una condición más beneficiosa, en favor de los operarios que desempeñan ocupaciones de la extinta categoría de electricistas-conductores, razón por la que el derecho viene atribuido a los trabajadores que lo tienen reconocido, grupo concreto, sin que exista un interés general de los demás en obtenerlo.

La STS 17 de enero de 2011, IL J 72, estima el recurso porque aplicando la doctrina referida al conflicto colectivo al caso de autos concurren las notas definidoras del proceso de conflicto colectivo. En efecto, el conflicto afecta a un grupo genérico, homogéneo e indiferenciado de trabajadores: todos aquellos empleados que en el desempeño de sus funciones conduzcan un vehículo de la empresa, siempre que realicen determinadas funciones. Además, todos ellos tienen un interés general en la solución del conflicto: que se determinen las condiciones de acceso al complemento salarial controvertido. Elementos subjetivo y objetivo al que se une el finalista: se persigue que se interpreten las Circulares de la empresa 733 y 734 de 1981 y se determine su aplicación actual por la empresa, quien, pese a la supuesta desaparición del complemento controvertido, lo sigue abonando y revalorizando anualmente, práctica que sujeta a las Circulares citadas con arreglo a criterios interpretativos de las mismas sentados por ella.

La existencia de un colectivo de empleados que utiliza un vehículo de la empresa en el desempeño de las funciones que tienen encomendadas y que, sin embargo, no cobran la gratificación por conductor plantea el que exista un interés general de los mismos en que se les reconozca el derecho a ese complemento retributivo, caso de reunir los requisitos necesarios al efecto. Es cierto, reconoce el Tribunal Supremo, que los más recientes convenios colectivos no regulan, ni contemplan, este complemento, pero no lo es menos que la patronal sigue abonando el mismo, incluso incrementa anualmente su cuantía en igual porcentaje que los salarios del Convenio, lo que constituye una práctica empresarial cuyo control judicial puede hacerse por la vía del proceso de conflicto colectivo.

Por otro lado, aunque es cierto que las Circulares que crearon el complemento han sido, tácitamente, derogadas, no lo es menos que la empresa las continúa aplicando, aunque con criterios que se desconocen en la forma de determinar los beneficiarios. En efecto, la cuantificación del complemento de conductor, los días de su devengo y los conceptos que compensan están claros por la aplicación de las Circulares reguladoras. No ocurre, sin embargo, lo mismo con la determinación de los trabajadores que tienen derecho a él, ya que la categoría profesional de electricista ha desaparecido. La empresa alega que el complemento lo viene reconociendo a quienes realizan funciones similares a las de electricista-conductor, pero no aclara los criterios seguidos al efecto, ni porque, cual muestra el ordinal cuarto de los hechos probados, los montadores y operarios de mantenimiento tienen derecho al complemento y los empleados de «apoyo de mantenimiento operativo» no causan ese derecho. En el control de esa práctica empresarial existe un interés general de los empleados que realizan labores similares y conducen vehículos, sin cobrar ese complemento, pese a que, seguramente, realizan labores que son propias de los electricistas en lenguaje popular. Conviene recordar, finalmente, que la sentencia recurrida habla de una condición más beneficiosa de carácter colectivo, al ser reconocida al colectivo que realiza funciones similares a las que antes desempeñaban los electricistas-conductores, porque ello nos muestra, al igual que otros hechos, que no se trata de una condición más beneficiosa reconocida «ad personam», esto es a los que venían cobrando el complemento, sino a todo el personal que realiza las funciones de electricista-conductor cualquiera que fuese su fecha de ingreso. Ello nos muestra que existe un colectivo indeterminado de trabajadores que tiene interés en cobrar ese complemento, bien porque realizan labores propias de la profesión de electricista y conducen un vehículo de la empresa, bien porque se consideran discriminados porque no cobran ese complemento, pese a conducir durante el trabajo un vehículo de la empresa, so pretexto de que no realizan labores de electricista, argumento que se utiliza olvidando que las Circulares citadas reconocían el complemento, también, a los lectores-cobradores.

c) *Inadecuación de procedimiento: promoción generalizada de elecciones sindicales reguladas en el art. 67.1 ET*

En la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de febrero de 2011**, IL J427, el Tribunal determina si es adecuado el procedimiento de conflicto colectivo para resolver la pretensión de UGT de

anular la promoción generalizada de elecciones realizadas por USO y CCOO. El Tribunal distingue entre el escrito del día 16 de septiembre de 2010 cuya nulidad se reclama porque se considera una promoción generalizada de elecciones no ajustada a derecho y la nulidad de los preavisos realizados el día 15 de septiembre puesto que produce efectos en más de una Comunidad Autónoma. Para establecer si es adecuado o no el procedimiento de conflicto colectivo hay que determinar si el escrito del 19 de septiembre constituyó una promoción generalizada de las elecciones reguladas en el art. 67 ET, siendo la conclusión que no se trata de una promoción generalizada ya que lo único que se recoge en tal documento es la comunicación de los preavisos realizados en fecha de 15 de septiembre en los centros de trabajo y provincias que conforman el Convenio colectivo de Unión Fenosa. Por lo tanto, el procedimiento de conflicto colectivo es inadecuado y se estima la excepción interpuesta por USO y CCOO.

B) Concurrencia del elemento subjetivo para la calificación de conflicto colectivo

El primero de los conflictos objeto de estudio analiza el elemento subjetivo del conflicto colectivo que versa sobre el derecho de los trabajadores afectados a incrementar la tabla salarial para el año 2009 con un incremento del 2% sobre la tabla salarial vigente a diciembre de 2008. Pese a que la empresa había alegado la excepción de inadecuación de procedimiento, la sentencia de instancia había desestimado aquella excepción y había estimado la demanda de conflicto colectivo declarando el derecho de los trabajadores a los que este conflicto afecta (todos los mencionados en el artículo 16 del convenio colectivo, salvo los preventistas) a que la tabla salarial que les sea aplicable quede incrementada en un 2% sobre los salarios vigentes el 31-12-2008.

Contra la sentencia de instancia recurre la empresa demandada, formalizando tres motivos. El primer motivo, amparado en el apartado b) del artículo 205 de la LPL, denuncia la inadecuación de procedimiento con infracción del artículo 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con la doctrina jurisprudencial que se menciona en el desarrollo del motivo. Argumenta, en síntesis, la parte que, de acuerdo con la norma cuya infracción se denuncia y de la doctrina a que se ha hecho referencia, falta en las presentes actuaciones el elemento subjetivo que delimita la existencia del conflicto colectivo. Se funda esta apreciación en que en la demanda se precisaba, por una parte, que «el conflicto colectivo afectaba a todos los trabajadores de los cuatro centros que la empresa demandada tiene en Madrid, ubicados en Alcorcón, Getafe, Coslada y Alcobendas, en número aproximado de 250» y se indicaba también que el origen del conflicto radica en la interpretación discrepante del artículo 16 del convenio colectivo de la empresa. Ello determina, según la recurrente, que el grupo genérico de trabajadores a que se refiere el conflicto no cumpla el necesario requisito de homogeneidad, pues el convenio no se aplica a todos los trabajadores de la empresa, al estar excluidos de acuerdo con el propio convenio colectivo los que, según la denominación, se rigen por la denominada «política salarial» y los llamados «preventistas».

La **STS 21 de septiembre de 2010**, IL J1859, rechaza la denuncia alegada por la empresa porque la sentencia objeto de recurso ya aclaró que lo que ha existido es una mera confusión en la redacción del hecho primero de la demanda, que señala que el conflicto afecta a «todos los trabajadores de los cuatro centros de trabajo» de la empresa, cuando de la propia configuración de la pretensión se deriva con toda claridad que ésta se concreta a los trabajadores a los que les resulta aplicable el artículo 16 del Convenio, pues el objeto del conflicto se establece en función de una práctica de empresa relativa al mencionado artículo, con lo que es evidente que sólo puede comprender al personal al que dicho precepto se aplica.

Recuerda el Tribunal Supremo que la homogeneidad del grupo consiste, como ha precisado la Sala, en que «los afectados por el conflicto no son una «mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de ho-

mogeneidad» (sentencia de 25 de junio de 1992, reiterada por otras muchas, entre ellas las de 11 de diciembre de 2003, 10 de diciembre de 2004, y 20 de julio de 2007), lo que implica la presencia de una característica común relevante que «dota de homogeneidad a la pluralidad de sujetos afectados, convirtiéndola en un conjunto estructurado», en el que no hay que entrar «en la valoración de hechos singulares» concurrentes en cada uno de sus miembros. Es claro que es esto lo que ocurre en relación con los trabajadores incluidos en la regla sobre el incremento de salarios del artículo 16; trabajadores que entran sin problemas en la homogeneidad del grupo y para los que tiene eficacia la pretensión colectiva ejercitada. Lo que ha existido es un simple error en la identificación del ámbito del conflicto; error que no afecta a la adecuación del procedimiento y que fue además corregido por la sentencia de instancia, de acuerdo con los propios términos de la demanda. Pero aunque no hubiera habido corrección del error, lo cierto es que éste no hubiera determinado la inadecuación del procedimiento, sino la desestimación de la demanda respecto al personal no incluido en la regla cuya interpretación se pide.

Para determinar la existencia o no de adecuación del procedimiento de conflicto colectivo como vía de solución de problemas jurídicos que se plantean entre trabajadores y empresas, hay que tener en cuenta el elemento subjetivo. En la **STS de 18 de enero de 2011**, IL J367, se establece la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para declarar la ilegalidad de las decisiones adoptadas por las empresas codemandadas de aceptación o denegación de las solicitudes de adhesión al Plan de empleo de RTVE, de 24 de octubre de 2006 al vulnerarse el derecho fundamental a la igualdad y se proceda a rectificar las mismas en el sentido de aplicar e interpretar correctamente y de la forma en que fueron pactadas las medidas contenidas en el Acuerdo de fecha de 24 de octubre de 2006. El TS interpreta el art. 151 LPL en el sentido de que existe conflicto colectivo cuando conviven dos requisitos, el subjetivo, que es la existencia de un grupo homogéneo de trabajadores, siendo el reconocimiento del derecho, no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados sino en cuanto colectivo cualquiera que sea el número de trabajadores singulares comprendidos en el grupo; y uno objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que reside en el grupo. En el mencionado Acuerdo se establece la extinción del contrato de 4.150 trabajadores distinguiendo 5 colectivos diferenciados, planteándose la controversia con uno de esos colectivos. El TS establece que el hecho de que puedan identificarse individualmente cada uno de los trabajadores afectados, no desvirtúa ni su condición de integrante de grupo ni el carácter homogéneo de este, ya que aunque exista un interés individualizable la solución que se pretende se mantiene en el plano del interés general del grupo.

Siguiendo en la línea de la interpretación del elemento subjetivo, la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2011**, IL J422, en un proceso sobre la posibilidad de disfrutar de las vacaciones en un período distinto al prefijado debido a una situación de incapacidad temporal, se plantea la excepción de inadecuación de procedimiento. En este supuesto la empresa niega generalizadamente a los trabajadores que no pueden disfrutar de las vacaciones cuando, debido a una situación de incapacidad temporal no han podido hacerlo en el período prefijado. El Tribunal concluye al respecto que el conflicto afecta a un colectivo genérico de trabajadores y que concurre la nota subjetiva exigida por la jurisprudencia así como un interés general colectivo indiferenciado de trabajadores puesto que a todos ellos hayan trabajado o no durante el año del devengo de vacaciones se les niega a disfrutarlas en fechas distintas durante el año y tampoco al año siguiente.

4. HUELGA

A) **Vulneración del Derecho de Huelga. Dimensión «refleja» o «transferida» de la garantía de indemnidad. Tutela constitucional de los trabajadores de la contrata**

En materia de Derecho de Huelga se ha planteado en sede constitucional un supuesto de hecho de gran interés por la novedad del planteamiento que, a su vez, ha sido bastante polémico (la Sen-

tencia tiene tres votos particulares). Se trata de la tutela del derecho de huelga de los trabajadores de una contrata pero no frente a su empleador directo sino frente al empresario principal con el que no mantienen relación laboral alguna. Esto es lo que se ha denominado dimensión «refleja» o «trasferida» de la garantía de indemnidad (Vid. Comentario en *Justicia Laboral* García-Perrote y Mercader, núm. 44).

La empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., se dedicaba a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L. contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Ambas empresas habían celebrado un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, que fue objeto de sucesivas renovaciones. A partir de un determinado momento, los trabajadores de Unigel S.L., desarrollaron negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial S.A. No llegando aquéllas a buen término, los trabajadores convocaron y desarrollaron diversas jornadas de huelga e, igualmente, denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial S.A.

Con posterioridad, Unigel S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A. un incremento en el precio de los servicios contratados respecto de las tarifas del año anterior. Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L. que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindió parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L. Los trabajadores de Unigel S.L. adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a empresa a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L. continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la compañía del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A. La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

Unos días después, Samoa Industrial, S.A. comunicó a Unigel, S.L. que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. Unigel, S.L. comunicó a los 24 trabajadores de la empresa que se ponía fin a su contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión prevista en el contrato laboral. Los trabajadores presentaron diversas demandas por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad o, subsidiariamente, su improcedencia y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

El Tribunal Constitucional resuelve el conflicto en las **Sentencias de 16 de noviembre de 2010** (serie de Sentencias 98 a 112, IL J 2296 a 2310; vid. también Sentencias dictadas el 19 de octubre, números 75 y 76/2010) otorgando el amparo a los demandantes por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Fundamenta el Tribunal Constitucional su fallo señalando que «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 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». En definitiva, el Tribunal afirma que «en lo que se refiere a la garantía de indemnidad que acompaña al derecho a la tutela judicial efectiva, el caso ahora sometido a nuestra consideración resulta suficientemente descriptivo de cómo la ausencia de responsabilidad de la empresa principal dejaría el ejercicio del derecho huérfano de toda garantía, al haber quedado establecido en hechos probados que la acción que ha determinado la rescisión de la contrata mercantil y, con ella, la extinción del contrato de los trabajadores ha sido una denuncia sobre cesión ilegal de mano de obra, cuyos efectos, caso de prosperar, habrían de alcanzar plenamente a la esfera jurídica de la empresa principal *ex* artículo 43 del ET».

B) Esquirolaje interno. Sustitución de huelguistas con trabajadores de la misma categoría y procedencia de la indemnización por el daño moral causado

El sindicato SFF-CGT convocó una huelga de los trabajadores pertenecientes a la Dirección Ejecutiva de Estaciones Comerciales de ADIF. El día de la huelga, en las taquillas de la estación de Delicias de Zaragoza estaban grafiados en el turno de mañana siete trabajadores con la categoría profesional de factor, cinco de los cuales secundaron la huelga. En esta estación hay 9 ventanillas, aunque normalmente la 8 y 9 están cerradas. La asignación de los empleados a cada una de las ventanillas se viene realizando para cada mes elaborando el correspondiente gráfico de servicios conforme a las previsiones de una norma interna. Las ventanillas 1, 2 y 3 de esta estación prestan usualmente el servicio de venta inmediata. Las restantes taquillas prestan el servicio de venta anticipada. No obstante, por decisión del factor encargado o supervisor frecuentemente en las ventanillas 2 y 3 se realiza venta anticipada y en las ventanillas 4 y 5 se realiza la venta inmediata.

Las ventanillas 1, 2 y 3 cuentan con los cuatro sistemas de venta de la demandada, denominados ORION, VISIR, SIRE y VCX; todas las ventanillas cuenta con el sistema de venta SIRE y VCX; las 4 y 5 cuentan con el sistema ORION, no así con el sistema VISIR. El sistema ORION se utiliza para la venta de billetes de trenes de media distancia sin reserva y de plaza y además para aquellos de media distancia con reserva de plaza que cuentan con esta prestación; el sistema VISIR es el sistema para venta de billetes de trenes de media distancia sin reserva de plaza; los sistemas SIRE y VCX son para venta de billetes de trenes de larga distancia, AVE, media distancia sin reserva de plaza y Regionales Express sin asignación de plaza.

En el gráfico del mes de octubre de 2009, los trabajadores que no secundaban la huelga tenían adscritas las ventanillas 5 y 6 de la estación, no obstante lo cual el supervisor les dio la orden de que cerraran tales ventanillas y pasaran a las ventanillas 2 y 3, que deberían haber sido ocupadas por trabajadores que habían secundado la huelga.

La controversia litigiosa radica en determinar si la empresa, con motivo de la huelga celebrada, vulneró el derecho fundamental de huelga y el de libertad sindical del sindicato demandante por haber realizado una sustitución interna de trabajadores.

La STSJ Aragón 6 de octubre de 2010, IL J 1947, confirma el fallo de la instancia en el sentido que sí se han producido el esquirolaje interno. Como quiera que la huelga afectaba a servicios esenciales de la comunidad (transporte), si la atención a los clientes a través de las ventanillas 2 y 3, que contaban con todos los sistemas de venta de billetes, hubiera sido necesaria para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad durante la huelga, se hubiera debido incluir dentro de los servicios mínimos. Al no haberse incluido dentro de ellos, no cabe sustituir a los trabajadores

huelguistas que prestaban servicios en las ventanillas 2 y 3 por los que no secundaron la huelga de las ventanillas 5 y 6 porque ello constituye un supuesto de sustitución interna de trabajadores que vulnera el derecho fundamental de huelga y el de libertad sindical. En efecto, se declara probado que el gráfico del mes de octubre adscribía a los trabajadores a unas determinadas ventanillas, con funciones y sistemas de venta distintos. Y se reputa probado que en el funcionamiento normal de la empresa, el supervisor cambiaba el tipo de venta que se realizaba en cada ventanilla (anticipada o inmediata) pero los inalterados hechos probados de instancia no declaran probado que el citado supervisor cambiase de ventanilla a los propios trabajadores, vulnerando el gráfico vigente. Sin embargo, el día de la huelga el supervisor cambió los trabajadores de ventanilla, sustituyendo a trabajadores huelguistas por otros que no hicieron huelga, inaplicando el gráfico del mes de octubre de 2009, minimizando el impacto de la huelga y asegurándose de que las dos únicas ventanillas que iban a funcionar, pudieran vender billetes de todo tipo.

Recuerda la Sentencia que la preeminencia del derecho fundamental de huelga incide en el derecho del empresario a la dirección y control de la actividad laboral, regulado en el art. 20 del ET, sin que el ejercicio por el empresario de estas facultades pueda vaciar de contenido el ejercicio de este derecho fundamental, lo que prohíbe la sustitución interna de trabajadores huelguistas por otros que no secundaron la huelga del mismo o distinto centro de trabajo, como ocurrió en el presente supuesto, lo que obliga a desestimar este motivo del recurso.

El sindicato había denunciado también la infracción del art. 180.1 de la LPL, del art. 15 de la LOLS y del art. 1101 del CC, así como de la doctrina jurisprudencial que cita, alegando que no procede establecer indemnización alguna a favor del sindicato accionante.

En la presente litis, el hecho noveno del escrito de demanda expone las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, explicando las razones que avalan la pretensión indemnizatoria, haciendo hincapié en el desprestigio causado al sindicato convocante de la huelga, al obstaculizar el ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su eficacia, con el consiguiente daño moral causado al sindicato, invocando el repudio social de esta violación de un derecho fundamental, la eficiencia de la indemnización y su carácter ejemplarizante. Y ha quedado cumplidamente acreditada la realización de una sustitución interna de trabajadores en huelga, en perjuicio de este derecho fundamental y del sindicato convocante de la misma. La sentencia de instancia argumenta que esta sustitución interna, con la finalidad exclusiva de aminorar las consecuencias de la huelga, causa un daño moral al sindicato demandante, fijando una indemnización reparatoria en la cantidad de mil euros.

A juicio de la Sala, se han alegado en la demanda las bases y elementos clave de la indemnización que se reclama, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión. Y se han acreditado indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase, lo que obliga a desestimar el recurso, confirmando la sentencia de instancia, esto es, la condena de 1000 euros.

Siguiendo en la línea de la sustitución de trabajadores huelguistas y la vulneración del derecho de libertad sindical y de huelga (art. 28 CE), la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de marzo de 2011**, IL J 506/2011, el sindicato CGT cree que se ha vulnerado el derecho de huelga y la libertad sindical por parte de la empresa CATSA, cuando durante el ejercicio de una huelga convocada por tal sindicato la empresa contrata varios trabajadores con carácter temporal. CGT no ha acreditado indicios de vulneración del su derecho de huelga por cuanto los contratos que realiza CATSA forman parte normal de tráfico jurídico de la empresa demandada ya que son necesarias en eventos significativos, quedando probado en eventos similares sin existencia de huelgas, se produce el mismo tipo y número de contrataciones.

C) Huelga ilegal: definición de huelga e incumplimiento de los servicios mínimos

La empresa Metro de Madrid S.A, interpone demanda contra los sindicatos que convocaron huelga de trabajadores por la detención de las percepciones salariales del 5% del salario establecido en convenio. Solicita la empresa la declaración de la huelga como ilegal, puesto que entiende que el transporte ferroviario tiene carácter de servicio esencial que obliga a establecer unos servicios mínimos no cumpliéndose con ellos los días 29 y 30 de junio de 2010. El juzgado de lo social en su **Sentencia de 24 de enero de 2011**, IL J 380, entra a valorar, por un lado, si se trata de un servicio esencial, y por otro, si nos encontramos ante una huelga abusiva o ante una huelga ilegal

No es inconstitucional el párrafo 2 del art. 10 que atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar las medidas necesarias para determinar el mantenimiento de los servicios esenciales a la Comunidad — servicios mínimos—, en cuanto que el ejercicio de esa potestad está sometido a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia y al Recurso d Amparo ante este Tribunal (STC 11/1981 de 8 de abril).

La expresión «servicio esencial» es un elemento central en la determinación de los límites al ejercicio del derecho de huelga, tal y como se ha puesto de manifiesto y así viene expresamente establecido en el art. 28.2 de la CE transcrito. En este sentido, la opción por lo que se debe entender como tal expresión reposa directamente en la elaboración de la jurisprudencia constitucional. La interpretación de la cláusula constitucional de la esencialidad del servicio como límite al ejercicio del derecho de huelga, la lleva a cabo el Tribunal Constitucional en dos importantes decisiones, la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril ya mencionada, y que luego desarrolla la STC 26/1981 de 17 de julio, y así declara que «el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión en el proceso de producción de bienes y servicios — huelga—, cede cuando con ello se ocasiona, o se puede ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas, experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito. Es claro, que ocurre así cuando se impide o se obstaculiza gravemente el funcionamiento de lo que la Constitución llama “servicios esenciales de la comunidad”. En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera, y los servicios, son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales».

Que la empresa Metro de Madrid presta un servicio esencial para la comunidad, ha sido declarado, por sentencia del Tribunal Constitucional 53/1986 de 5 de mayo, en los siguientes términos «utilizando como nota definitoria de los servicios esenciales la naturaleza constitucional de los intereses a los que aquellos sirven, no hay reparo alguno en calificar el Metro de Madrid como un servicio esencial, pues, entre otros, satisface la libre comunicación y circulación y el acceso al trabajo, a los lugares de residencia o a los centros en los que los ciudadanos obtienen la prestación de derechos fundamentales.

Por tanto, la huelga realizada los días 29 y 30 de junio, a la vista de lo establecido en el RD 17/1977 en los artículos 10 y 11, fue ilegal por contravenir dichos preceptos, no teniendo relevancia los argumentos realizados por los codemandados.

Por último, la **STS de 25 de enero de 2011** IL J 388, viene a recoger la definición de huelga diferenciándola de paro simbólico. Se trata en este caso de un supuesto en el que tras el accidente de trabajo sufrido por un compañero que fallece, se convoca en primer lugar un paro de una hora, pasando después a manifestar la voluntad de parar al día siguiente cualquier trabajo durante todo el día.

Recuerda esta sentencia que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de abril de 1981 definía 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, pudiendo tener por objeto la mejora de las condiciones de trabajo. Consiste en la cesación de trabajo en cualquiera de las modalidades que pudiera revestir. El Tribunal entiende en este caso, que efectivamente se trata de una huelga ilegal, ya que la calificación de huelga no puede depender de la denominación que le den las partes sino que depende de su propio contenido material, y por otro lado, un paro supone algo limitado en lugar y tiempo, no una cesación de trabajo durante todo un día. Al tratarse de una huelga, hubiera sido necesario realizar la notificación que formalmente se exige, con lo que la huelga en este caso se declara claramente ilegal.

JESÚS R. MERCADER UGUINA
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (coord.)
CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
PATRICIA NIETO ROJAS
JOSÉ DELGADO RUIZ
AMANDA MORENO SOLANA
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
DANIEL PÉREZ DEL PRADO