

LA VULNERACIÓN EMPRESARIAL DEL DERECHO DE HUELGA Y RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS

NANCY SIRVENT FERNÁNDEZ

*Catedrática Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante*

EXTRACTO

Palabras clave: lesiones empresariales; huelga; daños; resarcimiento

Existen conductas empresariales de muy diversa naturaleza que pueden dar lugar a la transgresión del derecho de huelga. En estos casos se hace necesario reparar los daños que tales conductas provocan, tanto en el plano individual (trabajador) como en el plano colectivo (sindicatos u órganos de representación unitaria), teniendo en cuenta que la indemnización que derive de ello debe cumplir una función ejemplarizante, además de la propiamente reparadora. En el presente estudio, siguiendo los criterios que han ido sentando nuestros Tribunales, se identifican distintas conductas empresariales susceptibles de conculcar el derecho de huelga, a la par que se analizan todas y cada una de las partidas que debieran estar presentes a la hora de calcular el monto indemnizatorio, así como los criterios de valoración a tener en cuenta en estos casos

ABSTRACT

Key words: business injuries; strike; damage; compensation

There are business behaviors of diverse nature that can lead to the violation of the right to strike. In these cases it is necessary to repair the damage that such behavior causes, both at the individual (worker) and the collective level (unions), given that compensation resulting from this should play a role exemplary, besides pure restorative. In the present study, the criteria that have been establishing in our Courts, are identified different business conducts which may violate the right to strike, and at the same time are analyzed each of the items that should be present when calculating the amount of compensation and the assessment criteria are identified to consider in these cases.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONDUCTAS EMPRESARIALES LESIVAS DEL DERECHO DE HUELGA
3. LAS DISTINTAS VÍAS DE TUTELA FRENTE A ACTOS EMPRESARIALES LESIVOS DEL DERECHO DE HUELGA
4. EL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS COMO VÍA PARA RECLAMAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR ACTOS DE LA EMPRESA LESIVOS AL DERECHO DE HUELGA
5. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: DAÑOS RESARCIBLES Y CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO

1. INTRODUCCIÓN

La ausencia de desarrollo legal del derecho de huelga, y singularmente y por lo que en este lugar interesa en lo que se refiere a la concreción de las conductas empresariales susceptibles de vulnerar tal derecho fundamental (y a la cuantificación de los daños que se deriven de ello), puede explicar en gran medida la enorme litigiosidad que suscita este asunto. Y es que las previsiones que sobre este particular contempla el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDLRT) son, a todas luces, insuficientes, debiendo ser interpretadas de conformidad con los criterios hermenéuticos que durante más de tres décadas ha ido sentando el Tribunal Constitucional (TCo) en relación con el derecho de huelga. De acuerdo con estos criterios, y atendiendo a la adaptación que requiere el paso del tiempo, no parece defendible que durante la huelga esté prohibido el esquirolaje externo y que en cambio no se entienda vetado el esquirolaje interno o el reemplazo del trabajo de los huelguistas llevado a cabo mediante el recurso a medios de carácter técnico. Ni tampoco que se pueda considerar permitida la realización de otras conductas empresariales que sin ser propiamente “sustitución”, en la práctica producen el mismo efecto. Por ello, pese a que el artículo 6.5 RDLRT únicamente prohíbe de forma explícita la sustitución de los huelguistas por trabajadores externos a la empresa, se hace necesario reinterpretar este precepto a la luz de lo que constituye la esencia y la finalidad del derecho fundamental de huelga.

Así pues, es necesario delimitar con la mayor precisión posible los perfiles del derecho de huelga mediante la aproximación a lo que constituye su contenido esencial, y la determinación de los límites a los que viene sujeto como consecuencia de su relación con otros derechos, bienes o valores constitucionales. Sólo de este modo será posible identificar con mínimo acierto las intrusiones ilegítimas a este derecho fundamental. En este orden de consideraciones, resulta llamativo que tanto en sede judicial como doctrinal siga viéndose en ocasiones al derecho de huelga desde una perspectiva puramente formal, lo

cual no se aviene bien ni con la configuración del Estado Social de Derecho que proclama el artículo 1.1 CE, ni con la interpretación que ha venido haciendo el TCo en relación con lo que constituye el contenido esencial de dicho derecho, el cual no se agota, como a menudo se defiende, en garantizar que el trabajador pueda cesar e el trabajo sin que por ello se exponga a sufrir sanción alguna (la huelga se erige así en auténtico derecho subjetivo), sino que más allá de ello dicho contenido debe extenderse también a salvaguardar la finalidad de presión (que no su resultado) que toda huelga conlleva. La cesación en el trabajo como contenido esencial del derecho de huelga cabe entenderlo sólo en la medida en que es este modo el que ha permitido ejercer la presión para el logro de las reivindicaciones obreras. De ahí que resulten intolerables desde el punto de vista jurídico todas aquellas conductas dirigidas a abortar, con mayor o menor intensidad, la capacidad de presión que resulta inherente a esta particular medida de conflicto colectivo.

En relación con la indemnización económica que pueda derivar de este tipo de actuaciones empresariales transgresoras del derecho de huelga, los interrogantes que se abren giran en torno a dos cuestiones fundamentales: la concreción de los daños resarcibles y la determinación del monto indemnizatorio, pues habida cuenta que en muchas ocasiones los daños provocados en estos supuestos no son de naturaleza patrimonial, sino moral (ello ocurrirá, generalmente, cuando la víctima sea una organización colectiva), resultará harto complicado valorar económicamente los mismos. Todo ello, sin ignorar tampoco que la indemnización que resulte en estos casos no se limita a cumplir únicamente una función resarcitoria sino que debe contribuir también a la prevención o disuasión frente a posibles conductas futuras de esta misma naturaleza, lo cual complicará aún más, si cabe, la fijación de la cantidad concreta a indemnizar por parte del operador jurídico. Asimismo, hay que tener en cuenta que las agresiones empresariales al derecho de huelga suelen ser de carácter pluriofensivo, tanto desde un punto de vista objetivo al poder quedar afectados varios derechos por la misma conducta (generalmente, el derecho de huelga y la libertad sindical), como desde un punto de vista subjetivo, al concernir a la vez a trabajadores individualmente considerados como a organizaciones de carácter colectivo (órganos de representación unitaria o sindical, sindicatos...). Circunstancias, todas ellas, que determinarán, asimismo, que los daños ocasionados en cada caso concreto sean distintos y que también lo deba ser, por tanto, la indemnización a reclamar en cada supuesto y para cada víctima.

Pues bien, en las páginas que siguen se analizan todas estas cuestiones tomando como punto de partida las (escasas) previsiones legales existentes sobre la materia y los criterios interpretativos que sobre la misma han ido sentando nuestros tribunales y la doctrina científica.

2. CONDUCTAS EMPRESARIALES LESIVAS DEL DERECHO DE HUELGA

Aunque la mayor parte de las transgresiones al derecho de huelga suelen venir de la mano del propio titular de la empresa nada impide que la vulneración de este derecho sea producida a instancias de sujetos o entes distintos a la empresa¹. En el presente trabajo se analizan diversas conductas empresariales lesivas de este derecho fundamental², en el bien entendido de que la responsabilidad empresarial que tiene lugar en estos casos no nace únicamente como consecuencia de la propia conducta del empresario, sino también de las actuaciones de terceros que de él dependen³.

¹ Piénsese, sino, en un caso de fijación de unos servicios mínimos excesivos por parte de la autoridad gubernativa que desnaturalicen por completo el derecho de huelga al ordenar el mantenimiento de lo que constituye la actividad habitual de la empresa. Sobre este supuesto, vid. STS de 11 de junio de 2012 (RTC 6841). O también, en la desnaturalización de lo que debe considerarse servicio mínimo, incluyendo como tal “el seguimiento de la huelga” a fin de constatar el grado de seguimiento de la misma y de solucionar posibles dificultades que puedan suscitarse durante su desarrollo. La calificación como servicio mínimo del “seguimiento de la huelga” debe considerarse que vulnera también el derecho de huelga. Vid. sobre este particular, la STS de 9 de julio de 2012 (Sala de lo Contencioso, recurso nº 4833/2011).

² Como señala la doctrina, este tipo de conductas empresariales tendentes a neutralizar los efectos de la huelga constituyen un instrumento de autotutela patronal que prolifera a partir de la segunda mitad de la década de los 90, sustituyendo al lock-out que hasta esa fecha había constituido la forma de reacción empresarial típica frente a la huelga. Sanguinetti Raymond, W.. *Los empresarios y el conflicto laboral*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 38.

³ Así lo viene a afirmar el TCo en su sentencia de 28 de marzo de 2011 (RTC 33). En esta sentencia se analiza un supuesto en el que, durante una huelga general secundada por la mayoría de los trabajadores de la empresa, los jefes y directivos de sección del periódico ABC consiguen editar el diario interviniendo directamente en el proceso productivo en talleres y, por ende, realizando tareas que no les correspondían, sin que dicha intervención tampoco estuviera justificada ni en la garantía de los servicios mínimos esenciales para la comunidad ni en los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa. El Alto Tribunal razona que, aunque tal decisión hubiera emanado de dichos mandos intermedios, es al titular de la organización productiva a quien corresponde imputar la responsabilidad por tales actuaciones pues “el empresario, titular de la organización productiva y del poder de dirección (que por supuesto ejerce también sobre directivos y mandos intermedios), es, además, como contratante de la prestación, quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa. Que el ejercicio del poder directivo se delegue a menudo, en particular cuando la organización empresarial crece en complejidad, y que esa delegación genere una suerte de mando indirecto, no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina, como es obvio, una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa. No se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, pues ello supondría, en casos como el que se enjuicia, favorecer prácticas que pueden limitar la eficacia de los derechos fundamentales. En definitiva, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la Constitución y en legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga, si

En cuanto al tipo de conductas empresariales susceptibles de vulnerar el derecho de huelga, éstas pueden resultar de muy distinta naturaleza pudiéndose concretar, ya en el incumplimiento de las obligaciones o de las prohibiciones legales previstas en materia de huelga (como la de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de comunicar la huelga, o la de llevar a cabo un cierre patronal como medida de represalia o de sanción a una huelga previa...), ya en otro tipo de conductas que, sin estar expresamente prohibidas, constituyen una transgresión al contenido esencial de aquel derecho, pudiendo dar lugar también a la consiguiente demanda de resarcimiento.

Así pues, un primer grupo de intromisiones ilegítimas por parte de la empresa viene constituido por todas aquellas actuaciones que tengan por objeto reemplazar el trabajo de los huelguistas, tanto mediante la adopción de medidas de sustitución directa (contratación de trabajadores externos a la empresa –directamente o a través de ETT-, o empleo de los propios trabajadores de la empresa –no huelguistas-, o de medios técnicos en orden a garantizar la continuidad de la actividad productiva de la empresa), como de otro tipo de decisiones organizativas que indirectamente persiguen idéntico objetivo de restar, o incluso de privar por completo de efectividad a la huelga (cambios de turnos, realización de horas extraordinarias...). Por lo que respecta al reemplazo del trabajo de los huelguistas, el artículo 6.5 RDLRT prohíbe que durante la huelga el empresario pueda contratar trabajadores externos a fin de sustituir a los trabajadores huelguistas, salvo algunos casos excepcionales⁴. Obviamente, la justificación de esta

se admitiera que éstas no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos”. Y ello teniendo en cuenta, además, la doctrina ya sentada por este mismo Tribunal en el sentido de que “la responsabilidad empresarial, en relación con el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores no se limita a las consecuencias de la propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan”. En estos términos se pronuncia la STCo de 17 de diciembre de 2007 (RTC 250) en la que se afirma, contextualizado al derecho aquí analizado, que “el empresario no puede considerarse ajeno a las vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones antihuelga realizadas en dicho marco”.

⁴ En efecto, cabe la sustitución de trabajadores huelguistas cuando ello sea necesario para garantizar la seguridad de las personas y de las cosas, o para el mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas o para la ulterior reanudación de las tareas de la propia empresa, <<ex>> artículo 6.(5) y (7) RDLRT.

Por lo demás, la sustitución de trabajadores ha de entenderse referida también a la que pudiera tener lugar mediante la puesta a disposición por parte de una ETT. En este sentido, el artículo 8 a) de la Ley 14/1994, de de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal excluye la posibilidad de celebrar contratos de puesta a disposición “para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”.

cortapisa a la libertad de contratación empresarial reside en evitar que el empresario pueda frustrar el sentido y/o el alcance de la huelga, lo cual ocurrirá con total seguridad si le está permitido que el trabajo que debía haberse dejado de hacer con motivo de la huelga siga desarrollándose gracias al empleo de mano de obra nueva contratada con tal fin⁵. Es por ello que el recurso a trabajadores externos para sustituir a los propios seguidores de la huelga fuera de los supuestos excepcionales previstos normativamente constituye una actuación vetada por el ordenamiento jurídico que, de llevarse a cabo, dará lugar al nacimiento de la correspondiente sanción administrativa al empresario⁶ y, en su caso, a la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios ocasionados, bien por parte de los trabajadores en huelga, bien por el sindicato convocante de la misma, bien por ambos a la vez⁷.

⁵ Evidentemente, a la hora de cuantificar la indemnización por daños y perjuicios que pueda tener lugar en estos casos, habrá que ponderar el mayor o menor impacto que el recurso a la contratación de trabajadores externos haya tenido en la huelga. En este sentido, parece obvio que el resarcimiento no puede ser el mismo cuando se sustituye a todos los trabajadores seguidores de la huelga (o a la mayoría de ellos), siendo éstos un número importante, que cuando se contrata a uno sólo sin que dicha circunstancia haya producido efecto “sustitutorio” alguno. Aparte de que en el primer caso cabría reclamar la indemnización tanto por el sindicato convocante de la huelga como por los trabajadores individuales afectados por la sustitución en tanto que en el segundo únicamente parece atendible el resarcimiento a los trabajadores seguidores del paro colectivo, seguramente la cantidad a indemnizar en uno y otro supuesto también debería ser distinta en función de la mayor o menor entidad del daño ocasionado. En este mismo orden de ideas, la doctrina de suplicación ha negado en alguna ocasión el derecho al resarcimiento en determinados supuestos en los que, pese a haber tenido lugar la contratación de trabajadores, dicha circunstancia no ha provocado ningún efecto sustitutorio ni, por ende, ha acontecido el daño que se alega. Ello sucede, por ejemplo, cuando la contratación de personal ajeno a través de una ETT no es para realizar las actividades propias y habituales sino para cubrir unos servicios distintos, que no pertenecen al círculo operativo de la empresa, pero que, debido al desarrollo de un evento extraordinario, deben desarrollarse en las instalaciones propias de la misma. Véase, en este sentido, la STSJ País Vasco, de 12 de julio de 2005 (AS 2846).

⁶ El artículo 8.10 TRLISOS califica esta actuación empresarial como infracción muy grave.

⁷ La posibilidad de reclamar el resarcimiento en estos casos ha sido admitido por nuestros tribunales incluso cuando la contratación <<ex novo>> se lleva a cabo para sustituir a trabajadores en huelga cuyo contrato temporal se extingue durante la misma, aunque en estos supuestos habrá que analizar cada caso particular a fin de determinar si se ha producido o no el pretendido efecto “sustitución”, puesto que no siempre la contratación de nuevos trabajadores en estas circunstancias producirá el resultado (ni tiene por qué buscarlo el empresario) de atenuar o impedir el efecto de presión inmanente a la huelga. En este orden de consideraciones se afirma que “la empresa no puede modificar la situación de paralización a través de nuevas contrataciones, lo que se produce, tanto si se contratan trabajadores que sustituyan a los que permanecen en la empresa, como si se hace para sustituir a los cesados; ya que entenderlo de otro modo equivaldría a que en aquellas empresas en las que la mayor parte de la plantilla la constituyen trabajadores temporales, el derecho de huelga estaría claramente limitado, e incluso podría resultar en la práctica inexistente”. STSJ Galicia de 14 de noviembre de 1996 (AS 3868).

Pero si bien es cierto que el ordenamiento jurídico únicamente prohíbe de manera expresa la sustitución externa mediante el recurso a la contratación de trabajadores <<ex novo>> (artículo 6.5 RDLRT), tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen manteniendo una opinión unánime en cuanto al rechazo de una interpretación basada en exclusiva en el tenor literal de la norma y a la necesidad de recurrir a otros métodos de interpretación histórica, sistemática y teleológica, de manera que la prohibición del RDLRT deba entenderse referida no sólo a los supuestos de contratación <<ex novo>> sino también al recurso a los propios trabajadores de la empresa para sustituir a los huelguistas. En esta línea, el propio TCo reconoce que la sustitución interna durante el transcurso de la huelga puede constituir “el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”⁸. Y es que “como regla general, la libertad de trabajo de los trabajadores no huelguistas no alcanza a consentir, cuando de ello dependa el que éstos puedan continuar trabajando, cambios de contenido, tiempo y lugar de la que haya sido su prestación de servicios hasta la huelga. El interés de los huelguistas a un cierto grado de eficacia del ejercicio de su derecho fundamental prevalece, además de sobre el interés de la empresa, sobre aquella libertad de los no huelguistas y su derecho a la ocupación efectiva”⁹. Así pues, con arreglo a esta doctrina, se considera atentatorio al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas cuando dicha sustitución se adopte, no como medida objetiva necesaria para garantizar la buena marcha de la empresa, sino con el fin de desactivar la presión que resulta inmanente a la huelga¹⁰. Lo cual no significa 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 (de movilidad funcional o geográfica, por

⁸ STCo de 28 de septiembre de 1992 (RTC 123). Vid. también, en parecidos términos, las SSTCo de 12 de febrero de 2007 (RTC 18), o de 28 de marzo de 2011 (RTC 33).

En este mismo orden de consideraciones, la doctrina laboralista ha llegado a afirmar que “la conclusión no puede ser sino la exclusión de cualquier mecanismo de sustitución de los huelguistas fuera de los casos de necesidad que expresamente se recogen”. Valdeolivas García, Y.. *Antisindicalidad y relaciones de trabajo*. Civitas, Madrid, 1994, pág. 383.

⁹ Gárate Castro, J.: *Derecho de Huelga*. Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 160.

¹⁰ STCo de 28 de septiembre de 1992 (RTC 123).

ejemplo) en los casos en que éstos fuesen la única alternativa al ejercicio del derecho de cierre patronal”¹¹.

Dentro de los supuestos de sustitución interna que deben considerarse prohibidos cabe incluir también aquellos en que la sustitución tiene lugar con personas contratadas para suplir a quien falta al trabajo (los denominados cubrebajas/comodín, esto es, los encargados de relevar a los titulares de los puestos en ausencia de los mismos por bajas de enfermedad o accidente, licencias legales, permisos especiales por causas justificadas así como en ausencias esporádicas por turno)¹², pues qué duda cabe que con ello se está haciendo un uso desviado de esta figura al recurrir a este tipo de trabajadores con fines distintos para los que han sido contratados al objeto de minimizar los efectos de la huelga. O también aquellos casos en que la realización del trabajo se lleva a cabo por el propio empresario, o por familiares o amigos siempre y cuando con ello se trate de restar o anular por completo los efectos prácticos perseguidos por la huelga puesto que también en esta hipótesis debe considerarse vulnerado el recíproco deber de buena fe que, como es obvio, resulta exigible también durante el desarrollo del conflicto¹³.

Otro tipo de sustitución que debe considerarse vetada es la efectuada mediante el empleo de medios técnicos que hacen viable la continuidad de la actividad empresarial en prácticamente las mismas condiciones que si la huelga no hubiera tenido lugar. En este caso, no se trata de sustituir a los trabajadores huelguistas mediante mano de obra externa o mediante los propios trabajadores

¹¹ Sala Franco, T. y López García de la Riva, I. *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 63.

¹² STSJ Cataluña de 4 de octubre de 2000 (AS 889). En este supuesto el tribunal llega a la conclusión de que “la empresa al usar de cobretornos contratados con fines ilegítimos para desvirtuar totalmente los efectos de la huelga está vaciando de contenido el derecho a la huelga y por tanto está vulnerando el derecho de los trabajadores y a la par el derecho a la libertad sindical de las organizaciones convocantes del paro”.

¹³ En contra de este criterio se pronunció, no obstante, la STS (Sala Contencioso-Administrativa), de 18 de septiembre de 1997 (RJ 6387). En el caso enjuiciado el TS no apreció vulneración del derecho de huelga al no poder considerarse “como infractor al empresario individual o colectivo que suple con su actividad, desinteresada económicamente, la labor de los huelguistas, o que apela a los servicios benévolos de sus familiares inmediatos”. En términos similares, cabe citar también, STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 3752).

En cambio, sí se considera actuación lesiva del derecho de huelga el manejo de la máquina de la empresa por parte del gerente de la misma, “como instrumento para privar de efectividad a la huelga, permitiendo que continuase la actividad de la empresa, y no como medida necesaria para la buena marcha de la empresa (...). Ello atenta el recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante el paro y lesiona gravemente el derecho de huelga”. STSJ País Vasco, de 12 de julio de 2005 (AS 2846).

de la empresa que no han secundado el paro colectivo, sino de que la actividad que venían desempeñando los huelguistas con anterioridad al conflicto pueda ser suplantada mediante recursos de índole técnica. Se trataría de una especie de “sustitución técnica” o de “esquirolaje tecnológico” o “virtual”¹⁴. Pues bien, pese al silencio normativo, creo que esta suerte de actuaciones empresariales también deben considerarse ilícitas si con ello lo que se pretende es eliminar o atenuar sobremanera los efectos de la huelga. Y es que aun cuando no quepa ignorar que el empresario tiene derecho, en base a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE, a organizar sus recursos de la manera que mejor le convenga (y, por tanto, a organizar la producción de forma que los efectos de la huelga sean lo menos perjudiciales posibles), esta facultad no está exenta de restricciones, más aún cuando entra en conflicto con un derecho fundamental como es el caso aquí analizado. Desde esta perspectiva, se podría decir que el derecho de huelga debe ser considerado también como derecho a limitar la libertad del empresario¹⁵. Adviértase, en este sentido, que cuando el ejercicio del poder directivo empresarial “se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga (...) deja inermes a los trabajadores (...) y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial”¹⁶. Y ello es lo que ocurre precisamente en los supuestos en que la empresa utiliza los medios técnicos que tiene a su alcance para garantizar que la actividad productiva siga su curso, minimizando o incluso abortando por completo los efectos que se tratan de alcanzar con el paro colectivo. En suma, el uso de recursos técnicos para reemplazar el trabajo de los huelguistas debe ser considerado también una conducta prohibida. Existen diversos argumentos que avalan dicha conclusión. De un lado, cabe traer a colación la doctrina que ha ido sentando el propio TCo en relación al significado y alcance del derecho de huelga, en particular, en lo que concierne al contenido esencial de este derecho que, según el Alto Tribunal, no se concreta sólo en garantizar la cesación en el

¹⁴ Como sustitución técnica lo denomina Alarcón Caracuel en el voto particular que emite a la STS de 20 de diciembre de 2012 (RJ 6841). La expresión “esquirolaje virtual” se debe a Sanguinetti Raymond, W.: *Los empresarios y el conflicto laboral...*, op. cit., pág. 59. Como “sustitución virtual” califica estos supuestos Martín Jiménez, R.: “Sustitución virtual de trabajadores en huelga. (Comentarios a la STS 4ª, de 27 de septiembre de 1999)”. La Ley, T.I (2000).

Sobre estos casos de sustitución del trabajo humano por medios técnicos, pueden consultarse, por ejemplo, sendas SSTSJ Cataluña, de 9 de marzo de 1998 y 9 de enero de 2003 (AS 1509 y 445, respectivamente).

¹⁵ STCo de 8 de abril de 1981 (RTC 11).

¹⁶ STCo de 28 de septiembre de 1992 (RTC 123). Aunque en la sentencia citada lo que se analiza es un supuesto de esquirolaje interno, considero que estos argumentos son perfectamente trasladables al caso de la sustitución del trabajo a través del recurso a “medios técnicos”.

En este mismo orden de ideas, cabe citar la STCo de 21 de marzo de 1984 (RTC 41).

trabajo, sino también en la consecución de una cierta eficacia a la medida de conflicto colectivo adoptada¹⁷. Como razona el Alto Tribunal, la búsqueda de la eficacia de la huelga de cara a su finalidad constituye elemento imprescindible del ejercicio del derecho de huelga, no sólo por obvias razones de hecho, sino también como consecuencia del principio que reclama la efectividad de los derechos¹⁸. ¿De qué sirve, si no, reconocer el derecho a cesar en el trabajo si con ello no se garantiza la más mínima posibilidad de ejercer la presión necesaria en orden a alcanzar los objetivos perseguidos por la huelga? Mantener que el contenido esencial del derecho de huelga se agota en la garantía de que el trabajador pueda cesar temporalmente en el trabajo sin que ello le reporte sanción alguna, es sostener una visión meramente formal de dicho derecho que resulta de todo punto inadmisibles a la luz del interés jurídico que se pretende proteger a su través. Esa visión puramente formal del derecho de huelga choca frontalmente con la noción del Estado Social del Derecho. Por otro lado, es posible aducir también en este ámbito el criterio interpretativo que, según el Alto Tribunal, debe hacerse valer en materia de derechos fundamentales, en el sentido de que en la relación entre el derecho y su límite posible (y qué duda cabe que el respeto a la libertad de empresa es un límite al derecho de huelga) “el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y la restricción del límite a lo necesario”¹⁹. Lo cual se traduce, para el caso que nos ocupa, en que ante un eventual conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de empresa y siendo, además, el primero un derecho fundamental y la segunda un derecho cívico, es el derecho de huelga el que debe prevalecer. En relación con lo anterior, no cabe tampoco perder de vista el distinto trato que recibe el derecho de huelga y la libertad de empresa en la CE, quedando investido aquél como derecho fundamental y esta última como mero derecho cívico. En atención a ello, no parece razonable que se pueda defender que un derecho cívico sea capaz de impedir el ejercicio de un derecho fundamental. Así lo ha puesto de manifiesto en alguna ocasión el propio TCo²⁰.

¹⁷ SSTCo de 8 de abril de 1981, y 28 de septiembre de 1992 (RTC 11 y 123). En este mismo orden de consideraciones, afirma también el Alto Tribunal, al analizar el contenido y alcance de los servicios mínimos en huelgas en servicios esenciales de la comunidad que la garantía de dichos servicios “n puede significar que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar el funcionamiento normal del servicio pues la huelga ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente ala empresa, en principio destinataria del conflicto”. STCo de 19 de junio de 2006 (RTC183).

¹⁸ STCo de 21 de marzo, de 1984 (RTC 41).

¹⁹ Por todas, STCo de 19 de junio de 2006 (RTC 184).

²⁰ *Ibidem*. Si bien el TCo hizo esta afirmación en relación con el cierre patronal como medida de conflicto colectivo distinta a la huelga (reconocido como derecho de los ciudadanos en el artículo 37.1 CE), este razonamiento es perfectamente exportable al caso que ahora nos ocupa.

Por consiguiente, de conformidad con los argumentos anteriores, y pese a no existir una norma que lo prohíba explícitamente, no parece difícil sostener que la sustitución “virtual” de los trabajadores en huelga constituye, asimismo, una conducta empresarial ilícita si con ello se pretende restar sustancialmente o privar por completo de efectividad a la misma²¹. Y es que una cosa es que a través del recurso a los medios técnicos de que dispone la empresa se trate de evitar que la huelga provoque los mayores daños posibles, y otra muy distinta que con ello se persiga una sustitución (encubierta) de los trabajadores huelguistas, neutralizando la capacidad de presión que resulta connatural a la misma²². En fin, el artículo 6.5 RDLRT debe ser interpretado desde un punto de vista finalista a la luz de la realidad social actual, lo cual lleva a interpretar que junto al supuesto de sustitución de trabajadores mediante la celebración de

²¹ Cuestión que habrá que analizar caso a caso, aun cuando no cabe ignorar que la doctrina jurisprudencial mayoritaria viene siendo reacia a admitir que también en estos casos se infringe el derecho de huelga. Así, en la STS de 15 de abril de 2005 (RJ 4513) se sostiene que no se vulnera el artículo 6.5 RDLRT cuando se emiten los informativos el día de la huelga pero para ello no se acude ni a trabajadores externos, ni a los asignados en servicios mínimos, ni tampoco se utilizan medios distintos de los que habitualmente se usan para llevar a cabo tales tareas informativas. Considerando, asimismo, que no existe “sustitución” cuando se mantiene parcialmente la programación, puede verse la STS de 4 de julio de 2000 (RJ 6289). O también la STS de 27 de septiembre de 1999 (RJ 7304), en la cual se considera que no cabe entender que por parte de la empresa se ha vulnerado el derecho de huelga cuando la misma no pueda evitar la continuidad de su actividad, como puede ocurrir en el ámbito de la programación televisiva en el que las emisiones están preprogramadas con anterioridad a la fecha de convocatoria de la huelga; dándose la circunstancia particular, en el caso enjuiciado, de que la retransmisión del partido de fútbol el día de la huelga (que la empresa no pudo evitar por estar preprogramada la retransmisión) no se hizo con entera normalidad, al llevarse a cabo sin comentario ni sonido alguno, ni publicidad, por lo que el propósito de la huelga sólo podía considerarse frustrado en parte.

Vid. también sobre esta materia, las SSTSJ Cataluña, de 9 de marzo de 1998 y 9 de enero de 2003 (AS 1509 y 445, respectivamente).

En cualquier caso, no coincido con quienes opinan que la “sustitución” no permitida por el ordenamiento jurídico requiere intervención de trabajadores, pues entiendo que lo que se pretende salvaguardar con esta prohibición es la falta de producción de bienes y/o servicios (total o parcial) durante el paro colectivo como medida de presión hacia la empresa, objetivo que puede verse frustrado (y, con ello, por ende también la huelga) tanto si el proceso productivo prosigue con normalidad mediante el recurso a mano de obra (externa o de la propia empresa), como si se consigue haciendo uso de instrumentos de tipo técnico. Defendiendo aquel criterio, puede citarse a Martín Jiménez, R., “Sustitución virtual...”, op. cit., pág. 801.

²² La sustitución “técnica” debe considerarse vetada de conformidad con una interpretación analógica del artículo 6.5 RDLRT que prohíbe únicamente la sustitución “personal”, pues el resultado en uno y otro caso es el mismo. El hecho de que dicho precepto no contemple este otro supuesto tan sólo puede obedecer al hecho de que en la década de los 70 esta modalidad de sustitución resultaba difícil de imaginar, pero en la actualidad no resultará una práctica empresarial en absoluto extraña.

nuevos contratos de trabajo, existen otras situaciones similares que producen análogos efectos de reemplazo del trabajo que deja de prestar el huelguista con motivo del conflicto, como ocurre en los supuestos de sustitución “mecánica” o “tecnológica” y que, por tanto, también estas hipótesis deben considerarse prohibidas.

Junto a todos estos supuestos de sustitución más o menos directa existen otras modalidades de actuación empresarial que, sin estar taxativamente prohibidas en la ley (tampoco la sustitución interna ni la técnica lo están, como ya se ha visto), pueden considerarse, asimismo, sustituciones que aun cuando “encubiertas” son susceptibles de contrariar igualmente el derecho de huelga. Me estoy refiriendo a aquellas situaciones en las que, sin proceder a la contratación de trabajadores externos ni a la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la empresa que no secundan la huelga (o por terceras personas que, sin ser trabajadores, mantienen algún vínculo con la misma -familiares, amigos...-), o al recurso de medios técnicos, la empresa utiliza diversas medidas que producen el mismo efecto de privar de efectividad a la huelga como sucede, por ejemplo, con la realización de horas extraordinarias en momento previo a la huelga a instancias de la empresa²³; la orden empresarial de aplicar el doble de la medicación el día anterior a la misma²⁴; la modificación del sistema de turnos de la empresa durante la duración de la huelga²⁵; los desvíos del trabajo de un centro a otro de la misma empresa; o la sustitución que puede tener lugar por la subcontratación de trabajos mientras dure la huelga²⁶.

Además de los supuestos analizados de sustitución del trabajo de los huelguistas, llevada a cabo de forma directa o indirecta, el derecho de huelga también puede verse vulnerado como consecuencia de otro tipo de conductas empresariales de naturaleza muy diversa.

Dentro del fenómeno de la contratación o subcontratación de obras y servicios, existen prácticas empresariales capaces de provocar vulneraciones al derecho de huelga, pudiendo adoptar dichas prácticas dos formas distintas según que la huelga afecte a la empresa principal o a la subcontratista. Tratándose de la primera hipótesis, puede considerarse lesivo al derecho de huelga aquella actuación de la empresa (principal) consistente en que, durante el transcurso de la misma, se proceda a la celebración de una subcontratación de obras y servicios, o al reforzamiento de la contrata, en ambos casos con el fin de que el trabajo

²³ STSJ Madrid de 16 de noviembre de 1992 (AS 5709).

²⁴ S. Juzgado de los Social nº 4 de Sevilla, de 16 de septiembre de 2002 (AS 3155).

²⁵ STSJ Galicia de 17 de diciembre de 2011 (AS 158).

²⁶ STSJ Baleares de 12 de diciembre de 1996 (AS 4062).

abandonado con motivo del paro en la empresa principal sea asumido por los trabajadores pertenecientes a la empresa subcontratista. Por su parte, cuando la huelga tiene lugar en la empresa subcontratista, también puede contrariar el derecho de huelga la opción llevada a cabo por la empresa principal de desplazar, en tanto dure la huelga, el trabajo que correspondería desarrollar a los trabajadores huelguistas de la empresa subcontratista hacia otra empresa subcontratista, o hacia sus propios trabajadores²⁷. Si acaso, como excepción a este supuesto, cabría traer a colación el caso de empresas que recurren a la contratación con otra empresa a fin de garantizar el cumplimiento de los servicios mínimos, tratándose de empresas que prestan servicios esenciales para la comunidad²⁸.

Como intromisiones ilegítimas por parte de la empresa cabe hacer mención, asimismo, de determinadas actuaciones relacionadas con la prohibición legal de que, durante el conflicto, la misma recurra al cierre patronal como respuesta al legítimo ejercicio del derecho de huelga, y no como “ejercicio de un poder de policía para asegurar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones”, únicos supuestos que en estas circunstancias justificarían el legítimo recurso al cierre patronal²⁹. Y es que no puede perderse de vista que en tanto la huelga se erige en derecho fundamental, el cierre patronal constituye un simple derecho cívico, por lo que “en todos aquellos casos en que el “lock-out” o cierre patronal vacía de contenido el derecho constitucional de hacer huelga o se alza como barrera que lo impide, el “lock-out” no puede considerarse como lícito, porque un simple derecho cívico impide un derecho fundamental”³⁰.

²⁷ Estos supuestos pueden verse en la STSJ País Vasco, de 26 de octubre de 2012 (AS 2520).

²⁸ En este orden de ideas, algún autor ha manifestado que no es contraria a la prohibición de esquirolaje externo prevista en el artículo 6.5 RDLRT la sustitución por la empresa principal de los trabajadores de la empresa contratista en huelga responsables de llevar a cabo los servicios mínimos, en aquellos casos en que el objeto de la contrata concertada con la empresa principal fuese la realización de un servicio esencial para la comunidad. Vid., en este sentido, Sala Franco, T. y García de la Riva, I.: *Los mecanismos empresariales...*, op. cit., págs. 87 y ss.

²⁹ En atención a lo dispuesto en el artículo 12.1 RDLRT los empresarios sólo podrán proceder al cierre del centro de trabajo en caso de huelga cuando exista notorio peligro de violencia para las personas, o de daños graves para las cosas, o tenga lugar una ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias o peligro cierto de que ésta se produzca, o, en fin, cuando el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción. Analizando los casos en que procede el recurso al cierre patronal durante la huelga, puede consultarse las SSTSJ Asturias de 30 de diciembre de 2004 y de 11 de febrero de 2011 (AS 2098 y 949, respectivamente); o TSJ Navarra, de 10 de marzo de 2008 (AS 1902). Como se afirma en la STSJ Castilla y León/Burgos, de 2 de junio de 1997 (AS 2337), no es lícita la conducta de la empresa consistente en proceder al cierre de la misma los días señalados para llevar a cabo la huelga, dado que esta conducta impide a los trabajadores el ejercicio de su derecho de huelga.

³⁰ STCo de 8 de abril de 1981 (RTC 11).

Las lesiones al derecho de huelga pueden también tener su origen en la realización de determinados actos coercitivos por parte de la empresa (muchas veces de carácter previo a la celebración de aquélla) con clara finalidad conminatoria mediante amenazas veladas (o explícitas) de despido, o con expresión de la intención de adoptar medidas disciplinarias contra quienes se sumen a la huelga. Este tipo de actuaciones susceptibles de incidir en el ánimo del trabajador hasta el punto de hacerle desistir de su participación en la huelga constituyen una intolerable intimidación y coacción que no pueden ser amparadas de ningún modo desde una perspectiva jurídico-constitucional³¹.

Igualmente, el despido del trabajador motivado por la participación en una huelga (legal) constituye una actuación ilegítima empresarial que debe conllevar la calificación judicial de nulidad del acto extintivo (con la obligación de readmitir al trabajador y de abonarle los salarios de tramitación correspondientes)³². E igual calificación jurídica merecen todas aquellas decisiones empresariales que, bajo el disfraz de un legítimo ejercicio del poder directivo (movilidad funcional, traslado, modificación sustancial de condiciones de trabajo...), lo que esconden en realidad es la voluntad empresarial de represalia como respuesta al ejercicio del derecho de huelga³³.

³¹ Al análisis de estas cuestiones se dedican, entre otras, la STS de 23 de diciembre de 2003 (RJ 2004), o también, la STSJ Aragón de 1 de abril de 2002 (AS 1965).

³² Sobre despidos declarados nulos de profesores de religión en centros públicos a los que no se renovaba el contrato como consecuencia de su afiliación sindical y de su participación en huelgas, pueden verse, entre otras, las SSTS de 14 de enero, 2 de febrero, 6 de mayo y 23 de septiembre, todas ellas de 2009 (RJ 1713, 2178, 2637 y 6184, respectivamente).

Por parte del TCo se ha llegado a idéntica solución de calificación de nulidad del despido cuando la extinción de los contratos tiene lugar en el seno de una empresa contratista que aduce como causa del despido la rescisión por parte de la empresa principal del contrato de arrendamiento de servicios, existiendo suficientes indicios de que los despidos han tenido lugar a raíz de la participación del trabajador en una huelga para reivindicar mejoras en las condiciones de trabajo y habiendo denunciado éste la existencia de una cesión ilegal. Estos pronunciamientos, pueden verse en sendas SSTCo, de 19 de octubre de 2010 (RTC 75 y 76). Dichas sentencias se limitan a declarar la nulidad del despido en estos casos, pero sin determinar los concretos efectos ligados a dicha calificación ni otras consecuencias adicionales, pues como el propio Tribunal reconoce resulta difícil que pueda obligarse a la empresa contratista a la readmisión del trabajador en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de la empresa principal. De este modo, el TCo traslada al Juzgado de lo Social competente la decisión sobre si la readmisión es posible y, de no serlo, determinar la indemnización que procediera entonces abonar al trabajador, así como los salarios de tramitación, y la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de los derechos fundamentales que entiende lesionados (en particular, el derecho de huelga y a la tutela judicial efectiva –desde su perspectiva de garantía de indemnidad-). Así pues, se infiere la existencia de responsabilidad por parte de la empresa principal y de la contratista, aunque no se define en qué se traduce la misma.

³³ Así, por ejemplo, el cambio de funciones operado a una trabajadora, tras participar en una huelga de la empresa, que venía desempeñando sus funciones en el departamento de contabilidad,

Como acto de represalia debe considerarse igualmente el consistente en la extinción de los contratos de trabajo de obra o servicio de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa subcontratista, de duración coincidente con la de la propia contrata, a raíz de la rescisión de la contrata por parte de la empresa principal motivada por la huelga que mantienen los trabajadores de la subcontratista. Y ello, como sostiene el TCo y también algún sector de la doctrina, aun cuando no haya existido connivencia entre la empresa principal y la subcontratista³⁴. A este respecto, téngase en cuenta que las garantías de indemnidad que la CE y el ordenamiento legal contemplan como salvaguarda al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores, también resultan de aplicación en el ámbito de los fenómenos de subcontratación de obras y servicios, pues “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”³⁵.

También determinadas decisiones empresariales en materia retributiva pueden esconder sanciones indirectas al derecho de huelga. Ello ocurre, principalmente, con la imposición de las denominadas primas antihuelga cuya percepción y cuantía se hagan depender en exclusiva del nivel de participación que haya tenido el trabajador en los paros colectivos que puedan haber tenido lugar durante el período de devengo de aquélla, de modo que tal participación pueda

donde llevaba el control de los bancos, y a la que se relega al archivo y a la realización de tareas auxiliares que no realiza ningún trabajador de su misma categoría profesional (Oficial de 1ª administrativo), dejándole de pasar las llamadas telefónicas y sin que conste razón técnica, estructural, económica u operativa. STSJ Galicia, de 8 de mayo de 1998 (AS 5893). Igualmente, el desistimiento empresarial durante el período de prueba motivado por el ejercicio del derecho de huelga, o también la denegación de la petición de la trabajadora de transformar el contrato de trabajo a tiempo parcial en otro a tiempo completo. Sobre lo primero, vid. Gárate Castro, J.: *Derecho de...*, op. cit., pág. 147.

Sobre lo segundo, puede consultarse la STCo de 6 de mayo de 1997 (RTC 90) en la cual la empresa deniega la petición de la trabajadora de transformar el contrato de trabajo a tiempo parcial en trabajo a tiempo completo, habiendo quedado acreditado que la trabajadora había participado en una huelga general y que la empresa había realizado nuevas contrataciones así como transformaciones de contrato con otras trabajadoras.

³⁴ Vid., en este sentido, SSTCo de 19 de octubre de 2010 (RTC 75 y 76). Por parte de la doctrina, puede citarse a Gárate Castro, J.: “*Derecho de...*”, op. cit., pág. 162.

³⁵ En este sentido se pronuncia la STCo de 19 de octubre de 2010 (RTC 75). Con criterio similar, cabe traer a colación la STCo de 19 de octubre de 2010 (RTC 76).

En estos términos se expresa Gárate Castro, J.: *Derecho de...*, op. cit., pág. 162.

llevar consigo la pérdida total de la prima o su disminución más allá de la parte proporcional a las ausencias por huelga³⁶. Este tipo de primas contrarían el derecho de huelga en la medida en que disuaden al trabajador del ejercicio de dicho derecho fundamental albergando, de este modo, una suerte de sanción indirecta. Caso distinto es el establecimiento de primas de asistencia o antiabsentismo cuya percepción e importe se condicionan a la no superación de determinados índices de absentismo dentro del período al que quede referido su devengo, figurando entre las ausencias computables las que tienen lugar por motivos de huelga pero también otras que tienen lugar por causas distintas. En relación con este tipo de cláusulas, como ha tenido oportunidad de señalar el TCo, no se advierte restricción o renuncia algunas al ejercicio del derecho de huelga, alejándose así de las primas antihuelga, y ello “en la medida en que la prima (antiabsentismo) no está directa y únicamente conectada al ejercicio del derecho de huelga, ni se pierde por el mero hecho de cualquier ausencia por huelga. No es un incentivo que trate de recompensar la autolimitación a participar en la huelga, otorgando a ésta un efecto negativo mayor que el que cabe atribuir en razón a la proporcionalidad de los sacrificios. El incentivo paccionado, antes bien, constituye un instrumento disuasorio de las ausencias laborales, que no grava especialmente la pérdida del tiempo empleado por el trabajador en la huelga”. Además, “la cláusula es también respetuosa con el principio de proporcionalidad que impone no establecer al trabajador huelguista un sacrificio superior al correspondiente a la duración de la huelga”, puesto que no hay por qué cohonestar el devengo o la pérdida de la prima, o su cuantía, con las ausencias por huelga³⁷. De esta doctrina se desprende que la adecuación constitucional de este tipo de cláusulas, en relación a su compatibilidad con el

³⁶ En esta materia debe tenerse en cuenta la aplicación del principio de proporcionalidad según el cual los descuentos salariales a aplicar con motivo de la participación en una huelga deben ajustarse rigurosamente a la duración de la misma. Principio, pues, que se aviene mal con las denominadas primas antihuelga al suponer éstas unos efectos que van más allá de la citada proporcionalidad, llevando aparejadas consecuencias más amplias a las que derivarían de la aplicación estricta de aquél principio. Un análisis in extenso sobre esta cuestión puede verse en García Blasco, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*. Bosch, Barcelona, 1983, págs. 208 y ss. O también, Goerlich Peset, J.M.: *Los efectos de la huelga*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 24 y ss.

Análogas a las primas antihuelga son las primas de asiduidad que gratifican el antiabsentismo mediante la concesión de días de descanso adicionales a los que se está obligado por ley. También para este tipo de primas juega el principio de proporcionalidad, de manera que su aplicación no puede conllevar la pérdida o la reducción más allá de la parte proporcional a las ausencias so pena, en otro caso, de vulnerar el derecho de huelga.

³⁷ En estos términos se expresa el TCo en la sentencia de 14 de junio de 1993 (RTC 189). Idénticos razonamientos utiliza la STSJ Cataluña de 31 de julio de 1993 (AS 3611), al dilucidar sobre la validez de un plus de asistencia pactado en convenio colectivo.

derecho de huelga, queda a salvo única y exclusivamente cuando el nacimiento y su cuantía no se hagan depender sólo de las ausencias al trabajo ocasionadas por la huelga, y siempre y cuando también la incidencia que pueda tener la huelga en la hipotética pérdida o disminución de tal incentivo no resulte distinta a la prevista para el resto de ausencias computables.

De igual modo, la retirada por parte de la empresa de carteles anunciadores de la huelga puestos fuera de los tablones de anuncios que aquélla tiene habilitados para uso de los sindicatos, constituye una conducta contraria al derecho fundamental de huelga al limitar este derecho en su dimensión colectiva³⁸

Por lo demás, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, cuando la empresa se excede en su cumplimiento manteniéndose la actividad normal de la organización productiva, puede también dar lugar al vaciamiento del contenido del derecho de huelga, y por ende, al derecho a solicitar el resarcimiento correspondiente³⁹. E iguales efectos tienen lugar cuando la empresa obliga incorrectamente a trabajar a determinados trabajadores (huelguistas) en los servicios mínimos⁴⁰. O, en relación con los servicios de seguridad y mantenimiento, cuando aquélla amplía de forma unilateral los previstos o destina para cubrir los mismos a trabajadores distintos a los designados inicialmente.

En fin, cabe apreciar también vulneración del derecho de huelga cuando durante el transcurso de la misma se impide el acceso a la empresa a algún trabajador miembro del comité de huelga, privándole de este modo la posibilidad de llevar a cabo los cometidos que le son propios, en esencia, informar a los trabajadores no huelguistas, comprobar que la empresa cumple la normativa vigente no sustituyendo a los huelguistas por otros trabajadores, y procurar el conocimiento de datos para alcanzar una solución al conflicto⁴¹.

³⁸ Así lo declara la STSJ Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 2011 (AS 1390).

³⁹ Sirva como paradigma, en este sentido, la STS de 16 de marzo de 1998 /RJ 2993). Por su parte, también la más reciente STS de 11 de junio de 2012 (RJ 6841) entiende vulnerado el derecho de huelga por parte de la empresa al rebasar ésta el límite de los servicios esenciales decretados por la correspondiente orden gubernativa.

⁴⁰ Sobre este caso, puede consultarse la STSJ Navarra de 8 de junio de 2005 (AS 2248).

⁴¹ Vid. sobre este supuesto, STSJ País Vasco, de 14 de septiembre de 2004 (AS 3894).

3. LAS DISTINTAS VÍAS DE TUTELA FRENTE A ACTOS EMPRESARIALES LESIVOS DEL DERECHO DE HUELGA⁴²

Junto a la tutela sancionadora (administrativa o penal) prevista para los supuestos de vulneración del derecho de huelga, la víctima del derecho fundamental lesionado puede instar la tutela reparadora, mediante la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios. Aun partiendo de la base de que ninguna de estas modalidades de tutela resulta plenamente satisfactoria a los intereses de la víctima, no puede negarse que entre la tutela sancionadora y la reparadora, la primera de ellas es la menos atractiva desde el punto de vista del trabajador y/o del sindicato afectados, toda vez que a su través ni se restituye el derecho de huelga lesionado ni tampoco se resarcan los daños ocasionados, quedando limitado su objeto a aplicar la sanción que corresponda al sujeto infractor y, si acaso también, a tratar de provocar cierto efecto disuasorio frente a posibles futuras conductas ilícitas. Dentro de la tutela sancionadora, cabe distinguir, a su vez, entre la administrativa y la penal, reservándose esta última para los casos atentatorios del derecho de huelga que revisten una mayor gravedad. Por lo que atañe a la tutela administrativa, como se sabe el TRLISOS contempla tres conductas distintas susceptibles de generar la consiguiente responsabilidad sancionadora. De una parte, el artículo 7.10 TRLISOS tipifica como infracción grave en materia de relaciones laborales “los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores” (entre los cuales, como es sabido, se encuentra el de huelga). Asimismo, el artículo siguiente, preceptúa como 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”. Infracción que tiene lugar también cuando la “sustitución” se efectúa a través de una ETT, tal como prevé el artículo 19.3.a) de este mismo cuerpo normativo calificando, asimismo, como muy grave en relación con las empresas usuarias “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”. Por último, el artículo 8.12 TRLISOS considera como muy grave el ilícito administrativo consistente

⁴² Aunque en materia de tutela del derecho de huelga puede también intervenir la jurisdicción contencioso-administrativa en litigios, por ejemplo, que versen sobre la tutela del derecho de huelga de los funcionarios públicos o de impugnación de decretos gubernativos de servicios mínimos en casos de huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad, en este apartado se analizan únicamente los instrumentos de tutela que competen a la jurisdicción laboral, además de una breve mención a la tutela penal y a la administrativa.

en la adopción por parte de la empresa de decisiones unilaterales “que impliquen discriminación por razón de la adhesión a los acuerdos de los sindicatos” (entre las que cabe contar con las referentes a una convocatoria de huelga).

Por lo que respecta a la tutela penal, el artículo 315.1 CP prevé lo siguiente: “serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga”. Nos encontramos, pues, ante un tipo delictivo impropio en el que pueden tener cabida tanto conductas que comportan una acción como aquellas otras constitutivas de omisión, pero en las que necesariamente ha de concurrir el requisito del dolo (a ello responde el requisito de que deba mediar engaño o abuso de situación de necesidad)⁴³.

Centrando la atención en la tutela reparadora, la reclamación de la indemnización que pueda derivar en estos casos se canalizará generalmente a través del proceso de tutela de derechos fundamentales (artículos 177 a 184 LRJS), aunque tampoco resulta descartable que dicha reclamación pueda plantearse en un proceso ordinario, o en la modalidad procesal que corresponda cuando la huelga haya dado lugar al despido del trabajador (o a la aplicación de una modificación de las condiciones del contrato o de una movilidad –funcional o geográfica- haciendo un uso desviado del poder organizativo empresarial)^{44 45}.

⁴³ Reconociendo la existencia de este ilícito penal, puede consultarse la SAP Lugo (Sección 1ª), de 21 de mayo 2002 (ARP 465), en la cual tras reconocer la existencia de una difusa frontera entre el ilícito administrativo y el penal, se afirma que este último contempla modos comisivos consistentes en la concurrencia de engaño o de abuso de situación de necesidad, requisitos que concurren en el supuesto de autos en el que el empresario dejó sin contenido a la huelga procediendo al despido de varios trabajadores huelguistas y a la contratación de trabajadores externos a la empresa para reemplazar a los primeros (esquirolaje externo), existiendo, además, engaño al pretender justificar los actos obstativos a la huelga con una asamblea de trabajadores inexistente mediante la cual se pretendía conseguir la desconvocatoria de la huelga (por quienes, en puridad, no podían hacerlo al tratarse de trabajadores que no la estaban siguiendo y que habían sido contratados para reemplazar a los huelguistas), a cuyo efecto se les presentó un documento que fue suscrito por los trabajadores siguiendo instrucciones del empresario y no por su libre y consciente iniciativa.

⁴⁴ Por consiguiente, en tales casos, los procesos de despido, de modificación sustancial y de movilidad geográfica también pueden constituir una vía procesal adecuada para brindar una tutela reparadora a la víctima, cuando las actuaciones que se persiguen se concreten, precisamente, en el ejercicio arbitrario y desviado de estos poderes empresariales.

Por lo demás, téngase en cuenta que, por un lado, la LRJS prohíbe la acumulación en un mismo juicio de las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (...), las de movilidad geográfica (...), o de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores y las de tutela de derechos funda-

Asimismo, dicha indemnización también podrá reclamarse en el seno de un procedimiento penal cuando la lesión del derecho de huelga pueda haber sido fruto de la comisión de un delito o falta que dé lugar a la correspondiente responsabilidad en el ámbito penal⁴⁶.

A pesar de la existencia de todos estos cauces procesales a fin de poder reclamar la reparación de los daños ocasionados como consecuencia de aquellos actos que puedan resultar ofensivos al derecho de huelga, lo más pertinente será el recurso a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales que tiene por objeto precisamente reclamar la tutela del derecho fundamental presuntamente vulnerado, así como la reparación de los daños y perjuicios que dicha

mentales y libertades públicas (artículo 26.1). Las demandas por cualquiera de estas causas en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas. Y que, por otro lado, dicha prohibición de acumulación se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios, cuando deban seguirse dichas modalidades procesales, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 26.2 y 184).

Atinente a esta regulación llama la atención lo que ya apuntara algún autor en cuanto al efecto que la misma produce, en el sentido de que el conocimiento de presuntas vulneraciones graves de derechos fundamentales tenga lugar fuera de la modalidad procesal específicamente diseñada para ello. En este orden de ideas, se señala que “la consecuencia más evidente de esta regulación es que el proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales ve reducido extraordinariamente su ámbito en relación con materias que tienen previsto un procedimiento especial para su conocimiento, cuando precisamente son algunas de las conductas o comportamientos incidentes en los ámbitos excluidos (significativamente, el despido o la extinción del contrato) los agentes productores de buena parte de las lesiones, y aún de las más graves, que padecen tales derechos constitucionales”. Cavas Martínez, F.: *El Proceso Laboral de Tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales*. Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 144.

⁴⁵ Para el caso de que no se hubieren producido daños susceptibles de indemnización, también cabe plantear por el afectado una acción declarativa reclamando la calificación del acto empresarial como lesivo del derecho de huelga. Petición, que, de afectar a un colectivo genérico de trabajadores, puede instarse mediante un proceso de conflictos colectivos regulado en los artículos 153 y ss LRJS. Piénsese, por ejemplo, en el anuncio de una futura huelga que el empresario considera “ilegal”. El órgano de representación legal o sindical de los trabajadores podrían estar interesados en solicitar por esta vía un pronunciamiento judicial aclarando la legalidad de la misma.

⁴⁶ En efecto, no conviene perder de vista la posibilidad de solicitar y obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados derivados del delito <<ex>> artículo 116.1 CP, a cuyo tenor “toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”. Ahora bien, si tal fuera el caso, hay que tener presente que la acción de daños y perjuicios derivada del delito o falta que ha sido ejercitada en un procedimiento penal no podrá reiterarse 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 (artículo 183.4 LRJS).

lesión haya podido comportar, y cuya tramitación, no se olvide, tiene carácter “preferente” y “sumario”. No parece dudoso, por tanto, que el medio de tutela de los derechos fundamentales, y entre ellos el de huelga, que mejor puede garantizar una efectiva reparación de la lesión ocasionada (cuando el supuesto de hecho no vaya acompañado de la pérdida del empleo o de cualquier otra medida organizativa empresarial desviada) es precisamente el recurso al proceso de tutela de los derechos fundamentales. Así pues, la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la conducta empresarial lesiva del derecho de huelga se canalizará generalmente a través de este proceso, cuyo objeto cognitivo, como se ha dicho, no se agota en dilucidar acerca de la presunta lesión del derecho fundamental, sino que se extiende también a la valoración de los daños producidos y a la determinación del quantum indemnizatorio que, en estos casos, pueda corresponder a la víctima. A esta idea responden los distintos preceptos de la Ley Rituaria que regulan esta modalidad procesal al exigir que en la demanda se exprese la cuantía de la indemnización pretendida (artículo 179.3 LRJS), y que en la sentencia que declare la existencia de vulneración del derecho fundamental, el Juez deba pronunciarse sobre el quantum indemnizatorio que proceda en estos casos.

4. EL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS COMO VÍA PARA RECLAMAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR ACTOS DE LA EMPRESA LESIVOS DEL DERECHO DE HUELGA

Como se acaba de apuntar, el proceso de derechos fundamentales y libertades públicas parece el más adecuado cuando se trata de dilucidar si ha habido o no vulneración del derecho de huelga y se pretende la reparación de los daños que, en su caso, se hayan causado por ello. De conformidad con el objeto de este proceso, y en relación con el tema que nos ocupa, goza de legitimación activa para promover el mismo cualquier trabajador o sindicato que considere lesionado su derecho de huelga⁴⁷. Si la conducta empresarial se entiende vulneradora del derecho de huelga de un trabajador individual, será éste el legitimado para

⁴⁷ Pese a que los actos lesivos del derecho de huelga pueden afectar a órganos colectivos distintos del sindicato, singularmente a los órganos de representación unitaria –comités de empresa- (el cual, como se sabe, también goza de titularidad para convocar la huelga) o al propio comité de huelga, la praxis judicial pone de manifiesto que la mayor parte de las demandas en estos casos son instadas por los propios trabajadores, a título individual, o por las organizaciones sindicales. El hecho de que sea harto infrecuente el planteamiento de demandas en estos asuntos

interponer la correspondiente demanda. Ahora bien, si la actuación empresarial que se presume contraria al derecho de huelga afecta a intereses de carácter colectivo, la legitimación corresponderá al sindicato que pueda resultar afectado. Y es que siendo la huelga un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo, los actos lesivos al mismo pueden afectar, ya al interés individual del trabajador como titular del derecho, ya a intereses colectivos (en cuyo caso será el sindicato el sujeto legitimado para interponer la demanda), ya incluso a ambos a la vez⁴⁸. En este sentido es posible afirmar que tal suerte de conductas pueden resultar de carácter pluriofensivo en la medida en que son capaces de afectar, de manera simultánea, tanto a sujetos individuales como a sujetos colectivos⁴⁹.

Por lo que respecta al sindicato conviene poner de manifiesto, además de lo que se acaba de indicar, que el mismo puede intervenir en el proceso de formas muy distintas. En primer lugar, el sindicato al que pertenezca el trabajador, u otro distinto que ostente la condición de más representativo, pueden intervenir como coadyuvantes cuando el interés afectado no sea exclusivamente el del trabajador individualmente considerado sino también el interés colectivo defendido por el sindicato⁵⁰. Asimismo, cabe que el sindicato actúe en el proceso en nombre e interés del trabajador, como sustituto procesal del mismo (artículo 20 LRJS). O, como ya se ha dicho, también goza el sindicato de legitimación directa (en solitario o junto con los trabajadores afectados) para interponer la demanda cuando el interés presuntamente lesionado tenga carácter colectivo. En

por parte de los comités de empresa o de los comités de huelga sin duda tiene mucho que ver con la ausencia de un patrimonio propio diferenciado por parte de dichos entes, por lo que lo normal será solicitar las reparaciones para los concretos integrantes de estos órganos que hayan visto lesionados sus derechos. En estos términos lo justifica Alfonso Mellado, C.L.: “La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo”, en *La Responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ediciones Cinca, Madrid, 2013, pág. 133.

⁴⁸ Así, por ejemplo, parece claro que la sustitución de todos los trabajadores huelguistas de la empresa por trabajadores ajenos a la misma en una huelga convocada por un determinado sindicato, constituye un atentado al derecho de huelga desde su doble perspectiva, individual y colectiva. De modo distinto, el despido de un solo trabajador motivado por su participación en una huelga, es un acto que atenta a este derecho fundamental desde una vertiente exclusivamente individual.

⁴⁹ Pluriofensividad, por tanto, de carácter subjetivo. Aunque también cabría apreciar en alguno de estos supuestos una pluriofensividad en el plano objetivo en cuanto que una misma conducta es susceptible de lesionar diversos derechos a la vez. Para el caso que nos ocupa, en esencia, el derecho de huelga y la libertad sindical.

⁵⁰ No obstante, hay que tener presente que la posición procesal de coadyuvante no resulta paritaria respecto a la que ocupa el trabajador perjudicado, lo cual se pone de manifiesto en el hecho de que el sindicato coadyuvante no podrá continuar el proceso ni recurrir contra la voluntad del trabajador (artículo 177.2 LRJS).

cuanto a la legitimación pasiva, lo normal será en estos casos que la misma quede radicada en la empresa, comprendiendo dentro de ésta también a la Administración Pública en aquellos casos en que la misma incurra en actos lesivos del derecho de huelga que afecten al personal laboral a su servicio⁵¹.

Concerniente a la demanda, ésta viene sujeta a requisitos muy precisos en tanto en cuanto, además de los exigidos con carácter general, la LRJS exige que en la misma se exprese con claridad lo siguiente: los hechos constitutivos de la vulneración alegada, 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 ocasionados, así como las circunstancias que se consideren relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador (artículo 179.3 LRJS)⁵².

En concordancia con ello, y habida cuenta el objeto de este proceso especial, la sentencia que en su caso estime la demanda debe contener, al menos, los cuatro pronunciamientos siguientes: declarar la existencia de la vulneración del derecho fundamental; declarar la nulidad radical de la actuación del empleador (público o privado); ordenar el cese inmediato de la conducta lesiva; y disponer 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 pudiera proceder (artículo 182.1 LRJS).

No es difícil imaginar que en muchos supuestos de vulneración de derechos fundamentales, y en especial por lo que al derecho de huelga respecta, resultará muy difícil alcanzar un adecuado restablecimiento de la víctima a la situación anterior a la lesión del derecho, o a la reparación de las consecuencias nocivas

⁵¹ Lo cual puede ocurrir en gran número de casos, en esencia, los mismos ya vistos en relación con las empresas privadas, y otros específicos derivados del régimen jurídico particular de la huelga en el sector público. Así, por ejemplo, cuando la Administración proceda a la contratación de trabajadores externos para sustituir a los huelguistas, o también cuando las impugnaciones vengan referidas a los actos de designación del personal laboral concreto que deba atender los servicios mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga.

⁵² Como se verá más adelante, dejando al margen el supuesto de indemnización derivada por los daños morales ocasionados con motivo de la transgresión del derecho fundamental, se exige que los daños se cuantifiquen en la demanda expresando, como se ha indicado, las circunstancias que se consideren relevantes para su concreción, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados. La omisión de estos requisitos en la demanda ha llevado a que, en ocasiones, nuestros tribunales hayan denegado el derecho a indemnización al demandante. En este sentido pueden verse, entre otras, las SSTSJ Navarra de 10 de marzo de 2008 (1902) y de Galicia de 17 de diciembre de 2011 (AS 158).

producidas. Y es que “en el caso de que la violación se produzca sobre el derecho de huelga la forma de restitución in natura no puede aplicarse porque deviene imposible, pues se trata de un derecho cuyo ejercicio precluye o se consume (...) resulta difícil o imposible que se pueda volver a convocar otra huelga en las mismas circunstancias y momento que la primera vez”⁵³. Es por ello que la indemnización juega en estos casos un papel primordial puesto que en la mayoría de las ocasiones será ésta la única vía reparadora posible a la lesión producida. Piénsese, sino, en un caso en el que la empresa haya procedido a contratar a personal externo para sustituir a los trabajadores en huelga (esquirolaje externo), haciendo perder toda capacidad de presión al paro colectivo y frustrando por completo los fines que se pretendían conseguir a su través. ¿Cómo restituir, en esta hipótesis, la vulneración producida del derecho de huelga? ¿Acaso sería factible, o siquiera útil, volver a convocar la huelga en orden a reivindicar idénticas pretensiones? ¿Cómo reparar, entonces, la lesión producida al sindicato convocante o seguidor de la huelga, y cómo a los trabajadores que han participado en la misma? La única medida reparadora posible en este caso no parece que pueda ser otra más que la indemnización por daños y perjuicios. Así pues, la indemnización por daños y perjuicios en estos casos resulta ser un instrumento que se torna esencial desde el punto de vista de la eficacia de la tutela del derecho de huelga (y, en general, del resto de derechos fundamentales y libertades públicas)⁵⁴. Indemnización que, por lo demás, será compatible con cualquier otra indemnización a la que pueda tener derecho el trabajador en el marco de su contrato de trabajo (en esencia, la derivada de un despido o de un traslado), pero no en cambio, con la indemnización civil que pueda derivar de conductas delictivas cuando la transgresión del derecho de huelga diera lugar a procedimientos de naturaleza penal y en el seno de los mismos se haya instado la acción de daños⁵⁵.

⁵³ Sepúlveda Gómez, M.: “El daño moral y la pérdida de oportunidad en las lesiones de la libertad sindical”. Aranzadi Social, Pamplona, 2006.

⁵⁴ Aunque en sede judicial no siempre se ha defendido que dentro de la condena que sigue a la acreditación de la existencia de una lesión de la libertad sindical deba figurar el resarcimiento en modo económico. Para un estudio en profundidad acerca de los distintos criterios interpretativos mantenidos en sede judicial acerca del resarcimiento económico en los procesos de tutela de libertad sindical, puede consultarse a Cardenal Carro, M.: *La Indemnización en los Procesos de Tutela de Libertad Sindical (Un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia)*. Aranzadi, Navarra, 2006.

⁵⁵ Como se ha dicho en otro lugar, dicha incompatibilidad indemnizatoria se recoge en el párrafo cuarto del artículo 183 LRJS.

5. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: DAÑOS RESARCIBLES Y CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO

Como se acaba de indicar, en caso de solicitar el resarcimiento de daños en el seno de un proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas se exige al demandante que en la propia demanda especifique la indemnización pretendida con indicación de los daños y perjuicios, expresando las circunstancias que a su juicio son relevantes en orden a concretar la indemnización solicitada, y considerando como tales la gravedad de la conducta, la duración de la misma, y las consecuencias del daño (artículo 179.3 LRJS). No obstante, en el caso de los daños morales se exime al demandante de efectuar tal especificación cuando resulte difícil su estimación detallada⁵⁶. Por consiguiente, en relación con la indemnización de daños y perjuicios, corresponde al demandante precisar en la demanda, en primer lugar, los daños y perjuicios concretos que se le hayan irrogado. En segundo término, aquellas circunstancias que considere que son susceptibles de modular el quantum indemnizatorio calculado de conformidad con el criterio anterior, como pueden ser la gravedad de la conducta, su duración o los daños producidos. A tales efectos, podrían resultar útiles de cara a cuantificar la indemnización circunstancias tales como si quedan o no afectados otros derechos además de la huelga, el número de trabajadores perjudicados por la conducta empresarial, la duración de esta última, la trascendencia de la huelga, el carácter público o privado del sujeto infractor, o incluso la actitud mantenida por el empresario en el caso concreto⁵⁷. Por último, la cuantía indemnizatoria concreta que con arreglo a todo ello se reclama.

⁵⁶ Respecto a este punto es conocido el cambio de criterio producido por parte de la doctrina jurisprudencial que vino defendiendo durante mucho tiempo el derecho al resarcimiento sin necesidad de probar la existencia de perjuicio, de modo que una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presumía la existencia del daño. Manteniendo este criterio puede consultarse, por todas, la STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 3752). Sin embargo, a partir de la STS de 22 de julio de 1996 (RJ 6381), el Alto Tribunal estima exigible la obligación de alegar y razonar en la demanda los fundamentos de la pretensión indemnizatoria y la acreditación de una mínima base fáctica que sirva para delimitar los perfiles y elementos de la indemnización que se haya de aplicar.

⁵⁷ En relación a la naturaleza pública o privada del infractor debe tenerse en cuenta que la indemnización ha de resultar proporcionada al hecho de que la infracción provenga de una empresa que, por su dimensión y por su carácter público, debe cuidar especialmente la vigencia en su ámbito del orden público constitucional del que forman parte esencial los derechos fundamentales. En estos términos se expresa la SAN de 7 de enero de 2003 –AS 43-. Así pues, no es lo mismo que la conducta lesiva del derecho de huelga provenga de una empresa de pequeñas dimensiones que de una gran empresa; ni tampoco que la infractora sea una empresa de naturaleza pública o privada. Tales circunstancias deberán tenerse en cuenta a la hora de cuantificar la indemnización que, en su caso,

Concretando el tipo de daños resarcibles en estos supuestos se han de tomar en consideración tanto los de carácter material o patrimonial como aquellos otros de naturaleza moral (identificados, estos últimos, con el sufrimiento físico y espiritual de la víctima). A su vez, los daños materiales deben comprender no sólo el daño emergente, esto es, la pérdida patrimonial directamente vinculada al hecho dañoso, sino también el lucro cesante, o lo que es igual, la pérdida de ingresos y de expectativas laborales⁵⁸. Pero teniendo en cuenta que tanto los trabajadores a título individual como la organización sindical (o el comité de empresa) pueden ser víctimas de este tipo de lesiones, y que los daños producidos en uno y otro caso no serán los mismos, conviene analizar por separado cada una de estas hipótesis.

Desde el punto de vista del trabajador que ve lesionado el derecho de huelga de manos de su empresario, y en relación con los daños materiales que pueden tener lugar por ello, parece que no hay ningún problema en admitir que dentro del daño emergente habrá que considerar los salarios dejados de percibir por el trabajador por los días que ha estado en huelga⁵⁹. Este es un criterio que viene siendo aceptado de forma pacífica por nuestra jurisprudencia. Como es sabido, el descuento salarial que ha de aplicarse durante la huelga debe ser proporcional al tiempo de participación del trabajador en la misma, debiendo quedar afectados por dicho descuento todos aquellos conceptos que gozan de naturaleza salarial (quedan excluidas, por tanto, todas aquellas partidas de natu-

proceda. Por lo que respecta a la actitud empresarial habrá que entender más gravosos determinados comportamientos empresariales, por ejemplo, aquellos en que el empresario impida el acceso al centro de trabajo a un trabajador que forma parte del comité de huelga, o la realización de un cierre empresarial ofensivo, pese a las advertencias recibidas, en uno u otro caso, por la Inspección de Trabajo haciéndole saber que esas conductas son ilícitas. En cambio, se convendrá conmigo que esas mismas actuaciones resultarán de menor trascendencia a la hora de imputar la responsabilidad empresarial cuando concurren circunstancias distintas. Piénsese, por ejemplo, que la negativa empresarial al acceso al centro de trabajo de un trabajador, miembro del comité de huelga, sea debida a que el empresario ignore tal condición por no habersele comunicado la designación.

⁵⁸ A tenor del artículo 1106 CCiv “la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”.

⁵⁹ El resarcimiento consistente en el abono de la cantidad descontada al personal que secundó la huelga es un criterio muy utilizado por nuestros Tribunales, aplicándose el mismo también cuando la infracción empresarial consiste en obligar incorrectamente a trabajar en los servicios mínimos. Vid. sobre este último supuesto la STSJ Navarra de 8 de junio de 2005 (AS 2248). En este caso, se condenó a la empresa a abonar una cantidad equivalente al descuento por huelga a los trabajadores a los que obligó a trabajar en los servicios mínimos.

raleza indemnizatoria)⁶⁰, en esencia, el salario base y los complementos salariales, pero también aquella parte de salario correspondiente a los períodos de descanso computables como de trabajo, dentro de los cuales cabe considerar el descanso anual, las fiestas laborales, los permisos retribuidos, las interrupciones del contrato de trabajo por causa imputable al empleador, o el descanso “intra-jornada” si se ha pactado su consideración como trabajo efectivo y, por ende, su carácter retribuido. Por consiguiente, el trabajador podrá reclamar como indemnización las cantidades equivalentes a los descuentos que haya sufrido por todos y cada uno de estos conceptos.

Ahora bien, es importante poner de manifiesto que, pese a su naturaleza salarial, algunos de los anteriores conceptos se vienen considerando por nuestros tribunales como “no descontables” en los supuestos de huelga, en cuyo caso, de no haber dado lugar al correspondiente descuento, es obvio que tampoco cabrá reclamación alguna por los mismos. Es el caso, por ejemplo, de las vacaciones anuales, respecto de las cuales la jurisprudencia viene considerando que la participación durante la huelga no disminuye el salario correspondiente a aquéllas⁶¹, por lo que de no producirse tal descuento, tampoco cabría solicitar el correspondiente resarcimiento por esta partida.

Distinto a este supuesto es el del descanso dentro de la jornada por exceder ésta de seis horas (o de cuatro horas y media, tratándose de menores de 18 años) cuando se haya pactado su carácter retribuido. En este caso se viene argumentando en sede judicial que cuando la participación en una huelga impida que la jornada laboral exceda de las seis horas (o de las cuatro y media), ello determina la pérdida del derecho a la retribución por tal concepto al haber desaparecido la causa a la que

⁶⁰ No cabe, por tanto, el descuento de la indemnización que por extinción del contrato de trabajo pueda corresponder al trabajador cuando aquél venga justificado en la participación en huelgas durante el período al que estén referidos los elementos que entren en el cálculo de su importe. Así pues, ni “la duración de la participación en huelgas es deducible del período de servicios del que depende el importe de la indemnización, ni tampoco cabe deducir del salario mensual o anual a tomar como base de cálculo de aquélla la cantidad equivalente al importe de los descuentos salariales practicados por las huelgas en la que hubiese participado el trabajador durante el mes o el año, respectivamente”. Defendiendo este criterio, puede citarse a Gárate Castro, J.: “*Derecho de...*”, op. cit., pág. 173.

⁶¹ En estos términos se pronuncian, por ejemplo, las SSTs de 13 de marzo de 2001 (RJ 3178), y 24 de enero y 11 de octubre, ambas de 1994 (RJ 370 y 7765, respectivamente). Con toda seguridad, como ha observado algún autor, este criterio jurisprudencial obedece a al propósito de evitar una sanción indirecta o represalia como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental. En efecto, “en materia de descanso anual, el propósito de evitar una sanción indirecta o represalia por lo que constituye el ejercicio de un derecho fundamental (...) sirve también para comprender el criterio judicial, que no legal, que considera, con carácter general, que la duración de la participación en la huelga legal no disminuye la duración ni el salario correspondiente a aquél descanso”. Gárate Castro, J.: “*Derecho de...*”, op. cit., págs. 175 y 176.

esta última aparece ligada. Como se advierte, en este caso particular no hay descuento propiamente dicho, sino desaparición de la causa que justifica el devengo de tal partida económica⁶². No obstante ello, a efectos de la indemnización que pueda corresponder en estos casos, considero que dicha partida sí debe ser incluida como parte del “daño emergente” que resulta indemnizable, pues se trata de una pérdida salarial que se produce por efecto de la huelga.

Un breve comentario merece también el supuesto de las fiestas laborales, habida cuenta el distinto criterio judicial mantenido en relación al descuento que pueda corresponder por este período de descanso, en función de que la fiesta laboral se encuentre o no comprendida dentro del período durante el cual se desarrolla la huelga. En atención a este criterio sólo cabe el descuento correspondiente a los días festivos si éstos coinciden con días del período de huelga⁶³. Por consiguiente, únicamente si ha tenido lugar tal circunstancia, podrá reclamarse la cuantía descontada como parte de la posible indemnización.

Por último, es preciso traer a colación una interpretación que viene haciendo nuestra jurisprudencia según la cual, tratándose de un trabajador al que, por razones de calendario laboral, le hubiera correspondido trabajar durante un día festivo o de descanso semanal y no lo hubiera hecho con motivo de su participación en una huelga, además de perder el salario correspondiente por ese día no trabajado, pierde también el incremento salarial o el descanso compensatorio por trabajo en festivo que prevé el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos (declarado en vigor por la Disposición Derogatoria única del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales

⁶² Sobre este particular se afirma que “suspendido el contrato por el ejercicio del derecho de huelga, carecen los trabajadores del derecho a cobrar el tiempo de descanso de los días en que estuvieron en huelga porque las jornadas de esos días dejaron de ser continuadas o ininterrumpidas, ya que se trata de un derecho reconocido a los trabajadores que realizan ininterrumpidamente su jornada”. STS de 8 de marzo de 1996 (RJ 1977).

⁶³ Este criterio puede verse, entre otras, en SSTS de 18 de abril de 1994 (RJ 3256), o 13 de marzo de 2001 (RJ 3178).

Coincido plenamente con la aguda observación que hace la doctrina en relación con este criterio judicial, afirmando que “la regla del descuento proporcional al tiempo de permanencia en huelga se resiente con la solución judicial que se comenta, para la que es irrelevante el número de días durante los que se hubiese trabajado en la semana”. Añadiendo que “en el caso de que la huelga en la que se participe sólo se desarrolle durante una parte de la jornada de trabajo diaria (...), la aplicación de la regla del descuento estrictamente proporcional al tiempo de permanencia en huelga conduce a que la pérdida de la retribución del festivo que caiga dentro del período de huelga no sea completa, sino proporcional a aquella parte de la jornada”. Gárate Castro, J.: “Derecho de...”, op. cit., pág. 177.

de trabajo)⁶⁴. Partida, esta última, que deberá tenerse en cuenta a la hora de determinar el monto indemnizatorio que pueda reclamar el trabajador en concepto de resarcimiento por los daños ocasionados como consecuencia de la conducta empresarial lesiva del derecho de huelga.

Ni que decir tiene que pese a que lo normal es que se proceda al descuento salarial de todos aquellos trabajadores que han participado en la huelga, y que el mismo se haga siguiendo los criterios anteriores, el empresario puede decidir no proceder al descuento, o llevarlo a cabo de forma más ventajosa para algún trabajador incluyendo, por ejemplo, sólo algunos de los conceptos salariales a los que en principio el descuento se extiende, o por importe inferior al que resultaría aplicable. De ser éste el caso, parece lógico pensar que no cabrá reclamar las cuantías no descontadas como daño indemnizable, ya en su totalidad si el descuento no ha tenido lugar, ya únicamente en relación con aquellas cantidades o partidas que no hayan sido objeto de detracción por parte de la empresa.

Como se ha dicho en las primeras líneas de este apartado, el descuento salarial resulta proporcional al tiempo de permanencia del trabajador en huelga. Esta idea merece ser precisada en aquellos casos en que el huelguista resulta ser un trabajador en situación de desempleo parcial, y en aquellos otros supuestos en los que, permaneciendo el contrato de trabajo suspendido con motivo de la huelga, acontece una causa suspensiva distinta que la desplaza, o tiene lugar la eficaz extinción del contrato de trabajo⁶⁵. En relación con el primer supuesto, es obvio que el descuento salarial tendrá lugar únicamente en relación con el salario que venía percibiendo el trabajador por la jornada parcial que venía desarrollando, por lo que es a esta parte de salario a la que debe venir referida la petición de resarcimiento que por este concepto pueda solicitar el trabajador⁶⁶. Para el caso de que se produzca la extinción del contrato, o de que concurra una nueva

⁶⁴ Defendiendo este criterio, pueden consultarse las SSTs de 18 de marzo de 1996 (RJ 2078), o 6 de mayo de 1994 (RJ 4003). Sobre este particular, el prof. Gárate Castro afirma, no sin razón, que “si bien se mira, la pérdida del descanso compensatorio supone para el trabajador huelguista que se encuentra en la situación descrita, sin que se descubra razón objetiva que lo justifique, una penalización adicional a la salarial que no experimenta el huelguista que no debe trabajar en fiesta laboral ni en período coincidente con el de descanso semanal”. *Íbidem*, pág. 179.

⁶⁵ En opinión de algún autor, son causas suspensivas capaces de desplazar la huelga, la fuerza mayor, o las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuya efectividad sea posterior al comienzo de la huelga; la solicitud de maternidad durante el desarrollo de la misma; la declaración de incapacidad temporal por un episodio de enfermedad profesional manifestado durante el paro colectivo, o incluso por accidente de trabajo tratándose de un cargo electivo sindical, o de una enfermedad del trabajo; también, en fin, el cierre patronal. Gárate Castro, J., *Derecho de...*, op. cit., págs. 68 y 169.

⁶⁶ E igual criterio cabrá aplicar para el caso de disfrute a tiempo parcial de los descansos por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento.

causa suspensiva durante la huelga capaz de desplazar a ésta, ocurre que al suponer ambas hipótesis la terminación de la huelga también deberá ponerse punto final al descuento salarial que con tal motivo se venía efectuando. Circunstancia, por tanto, que deberá tenerse en cuenta también a la hora de cuantificar la indemnización debida.

Aunque en un principio el descuento que tiene lugar durante la huelga afecta única y exclusivamente a las partidas de naturaleza salarial, en ocasiones puede suceder que la no prestación de servicios durante dicha situación suspensiva lleve aparejada también la pérdida de determinadas partidas de carácter extrasalarial, no por el hecho mismo de la huelga, sino porque desaparezca la circunstancia en atención a la cual aquéllas se perciben. Es el caso, por ejemplo, de los pluses de transporte o de distancia a percibir por cada día de trabajo efectivo, o de otras indemnizaciones reconocidas al trabajador para compensarle de diversos gastos que se ocasionan con motivo de la actividad laboral que desarrolla (dietas, etc). En mi opinión, estas partidas económicas que se pierden como consecuencia de la no realización de la prestación de servicios durante la huelga que se ha visto frustrada por el empleador, también deberán ser tomadas en cuenta a la hora de calcular la indemnización que proceda.

Como es harto conocido, durante la huelga se suspende la obligación de cotización por parte del empresario y también por parte del trabajador (artículos 6.3 DLRT y 106.5 TRLGSS). La falta de ingreso de las cuotas correspondientes al período de huelga puede afectar a futuros derechos de Seguridad Social de este último, no sólo en lo que atañe a la cuantía de la prestación económica que, llegado el caso, le pudiera corresponder, sino también en cuanto al nacimiento mismo del derecho habida cuenta que, en la mayoría de casos, dicho nacimiento queda supeditado a la acreditación de un período de carencia determinado. Es obvio, por tanto, que en estos casos el trabajador puede sufrir un perjuicio económico en sus derechos de Seguridad Social derivado de la falta de cotización durante el seguimiento de una huelga. A fin de evitar posibles mermas en sus derechos de protección social el trabajador durante la huelga tiene la posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social comprometiéndose a ingresar las cuotas correspondientes a este período. En este orden de consideraciones, parece razonable defender que dentro de la indemnización que pueda tener lugar en estos casos debe incluirse también la cuantía equivalente a las aportaciones que, en su caso, el trabajador haya podido realizar durante este período de tiempo con motivo de la suscripción de un convenio especial de esta naturaleza, en cuantía equivalente a la que hubiera correspondido ingresar a la empresa de haber permanecido el trabajador en activo. Incluso, caso de no haber suscrito el trabajador tal convenio especial, no estaría de más tampoco considerar como propuesta “de lege ferenda” que se obligase a la empresa en estos casos a ingresar en las arcas de la Seguridad Social las cuotas que a su

cargo tendría que haber ingresado de no haberse adherido el trabajador a la huelga.

Por lo demás, parece de recibo que el trabajador tenga derecho en todos estos casos a reclamar, y a percibir, los intereses legales que se hayan podido generar desde que debieron abonarse las cantidades correspondientes, en esencia, las partidas salariales que fueron objeto de descuento con motivo de la participación en la huelga y otras distintas que no se pudieron generar por la falta de prestación de servicios durante el transcurso de esta última⁶⁷. Pues qué duda cabe que la falta de cobro de todas estas partidas económicas, desde el comienzo de la huelga y hasta que tiene lugar el abono de la indemnización, provoca un impacto negativo en la economía del trabajador que debe ser objeto de reparación.

Dentro del daño emergente cabe incluir también los gastos de defensa y tramitación judicial que haya sido necesario desembolsar en estos casos⁶⁸.

Como parte del lucro cesante cabe incluir determinadas ganancias económicas que el trabajador no ha podido llegar a obtener como consecuencia de su participación en la huelga. Piénsese, por ejemplo, en algunas primas cuyo derecho sólo puede generar el trabajador cuando cumple determinados objetivos de rendimiento o de ventas en fecha cierta. Si, como consecuencia de sus ausencias durante la huelga el trabajador no consigue alcanzar los objetivos de rendimiento o de venta marcados, no podrá tampoco optar al cobro de tal tipo de primas. Pues bien, también estas partidas deben ser resarcidas al trabajador cuando concurra una conducta empresarial que deja sin efecto el derecho de huelga.

Desde el punto de vista del sindicato, dentro de los daños materiales y aparte de posibles daños causados a su patrimonio (lo cual será bastante infrecuente) y los intereses de demora que se pudieran haber generado, pueden

⁶⁷ El derecho a percibir los intereses devengados por la cantidad debida y que deja de percibir el trabajador ha sido reconocido en la STSJ País Vasco de 29 de junio de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), recurso número (JUR 2001/38189). En este caso se analizaba un supuesto en el que la empresa (Administración Pública) había descontado de la retribución de un liberado sindical el complemento de productividad. El trabajador alegaba que con este descuento se producía una situación de discriminación salarial al percibir una retribución inferior a la que le correspondería de estar en activo. Situación que atentaba el derecho de libertad sindical por el efecto disuasorio al ejercicio de actividad sindical que ello suponía y, a la postre, el efecto sancionador que provocaba, por lo que solicitaba del Tribunal que se reconociera el derecho a dicho complemento y se le abonaran los intereses devengados desde la fecha en que los dejó de percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios por la pérdida del poder adquisitivo que esta situación generó. Petición a la que el Tribunal dio favorable acogida.

⁶⁸ Defendiendo este criterio, puede citarse la STSJ Galicia, de 8 de mayo de 1998 (AS 5893).

también tener cabida los gastos de litigio producidos con motivo de su defensa o la de sus afiliados (siempre y cuando guarde relación directa con el derecho lesionado)⁶⁹.

Distintos de los daños materiales o patrimoniales a los que se acaba de hacer referencia son los daños de naturaleza moral entendiendo por tales aquellos que “afectan a la persona en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial”⁷⁰ ⁷¹. Se contraponen así el daño material o patrimonial (detrimento de derechos de orden económico de las personas por un tercero) al moral o extrapatrimonial (contravención de derechos extrapatrimoniales de una persona), pudiendo afirmarse por ello que el daño moral supone una lesión a los denominados derechos de la personalidad, dentro de los cuales tienen cabida todas y cada una de las derivaciones del principio general de libertad que la CE consagra como valor superior del ordenamiento jurídico en su artículo 1.1, y entre los cuales se encuentran, por lo que aquí interesa, la libertad de sindicación y de huelga⁷². Pero el daño moral también ha sido definido en sentido más estricto, asimilándolo al “sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito

⁶⁹ La doctrina jurisprudencial y judicial mayoritarias vienen defendiendo la exclusión de estos gastos de la indemnización que pueda corresponder en estos casos, aduciendo como argumento principal que ello supondría un fraude al principio de gratuidad del proceso laboral en la instancia. Manteniendo este criterio, pueden citarse, entre otras, las SSTS 4 de abril de 2007 y 11 de mayo de 2012 (RJ 3171 y 8129, respectivamente). En contra de esta posición, cabe citar, empero, las SSTSJ Cataluña, de 4 de octubre de 2000 (AS 889), y de Andalucía, Granada, de 23 de febrero de 2011 (AS 2517). Concerniente a la cuestión que nos ocupa esta última afirma que “el derecho vulnerado en esta clase de procedimientos es evidente si la parte cuyo derecho fundamental ha sido lesionado no ve atendidos por el causante de la lesión, los dispendios económicos que le supone la defensa de su derecho”.

⁷⁰ Navarro Michel, R. y Roca Trías, E.: *Derecho de daños. Textos y materiales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011. pág. 197.

⁷¹ En relación con esta suerte de daños la doctrina civilista señala que “los daños morales son los infligidos a lo que se suele y se debe llamar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales (entre los que cabe incluir los derechos fundamentales) y en ellos se puede distinguir dos aspectos, uno interno o inmanente que comprende la esfera interna del individuo y se concreta en sensaciones como el dolor o sentimientos de pesar, preocupación o angustia; y un aspecto externo y trascendente que se concreta en la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior”. Martín Casals, M., citado por Díez-Picazo, L., en “*El escándalo...*”, op. cit., pág. 92.

⁷² Cuando se habla de derechos de la personalidad se hace referencia a todo un conjunto de derechos que son inherentes al ser humano, y que la CE recoge en el Título I, dentro de los “Derechos fundamentales y las libertades públicas”. Tales derechos presentan cuatro características básicas: 1. Su inherencia, pues son connaturales o innatos Extrapatrimonialidad, al carecer en sí mismo de valoración económica concreta. a la propia persona; 2. Son personalísimos, de modo que sólo pueden ser ejercidos por su titular, sin puedan ser objeto de transmisión a terceros; 3. Tienen eficacia erga omnes, puesto han de ser respetados por todos; y 4. Extrapatrimonialidad,

de la persona”⁷³, abarcando, por ende, sentimientos de dolor, pesar, sufrimiento, preocupación o angustia. Por lo que concierne a este tipo de daños, que suelen aparecer ligados a la vulneración de los derechos fundamentales⁷⁴, la LRJS establece un régimen jurídico un tanto menos riguroso en cuanto al requisito de la prueba de los mismos. Pues si, con carácter general, se exige que en la demanda se especifiquen, además de la indemnización que se requiera y los daños y perjuicios ocasionados, “las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada”, se introduce una salvedad en relación con esta última exigencia cuando, tratándose de daños morales, resulte difícil su estimación detallada, lo cual, dicho sea de paso, ocurrirá en la gran mayoría de casos⁷⁵. En tal sentido, parece que será suficiente aportar un principio de prueba que permita al órgano judicial presumir la existencia del perjuicio alegado y poder así reconocer la indemnización reclamada.

Dentro de los daños morales que puede sufrir el trabajador como consecuencia de la lesión del derecho de huelga por actos realizados por la empresa cabe pensar, entre otros posibles, en la pérdida de imagen o de la reputación entre sus compañeros de trabajo, o el sufrimiento personal por el miedo a represalias empresariales, a la pérdida del puesto de trabajo, etc. Desde el punto de vista del sindicato cabe pensar en el desprestigio que pueda sufrir aquél ante el escaso éxito alcanzado por la huelga que a sus instancias fue convocada (en cuanto al seguimiento de la misma y/o al resultado de sus reivindicaciones) y

habida cuenta que estos derechos carecen de valoración económica en sí mismos. Barrientos Zamorano, M.: *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*. Ratio Legis, Salamanca, 2007, pág. 43.

⁷³ Esta acepción más restringida de lo que constituye el daño moral es defendida por Díez-Picazo quien critica duramente el proceso doctrinal y jurisprudencial de trivialización que viene sufriendo el concepto de daño moral.

⁷⁴ En contra de la tesis que considera que toda vulneración de un derecho fundamental conlleva la producción de un daño moral, el prof. Díez-Picazo declara que “no se produce un daño moral por privar a alguien de un derecho subjetivo, fundamental (...) puesto que el daño no consiste nunca en la lesión de un derecho y la indemnización no tiene por objeto restituir un derecho lesionado”. Díez-Picazo, L.: *El escándalo del daño moral*. Civitas, Pamplona, 2008, págs. 23 y 33.

En esta última línea, la jurisprudencia también ha admitido en alguna ocasión que la vulneración del derecho de huelga no siempre conlleva daños morales. En estos términos se expresa, por ejemplo, la STS 12 de diciembre de 2007 (RJ 3018).

Defendiendo que la violación de la libertad sindical produce por sí misma, un daño moral susceptible de indemnización particular en sí mismo considerado, puede citarse a Sepúlveda Gómez, M.: *Los efectos patrimoniales derivados de la conducta antisindical del empresario*. Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 162.

⁷⁵ Y es que, sin duda, se trata de una prueba “diabólica”, pues ¿cómo probar que la esfera más íntima de las personas ha resultado afectada?

que ha resultado abortada a resultas de la empresa. Lo cual puede dar lugar a su vez a un importante efecto limitador en cuanto a las expectativas de crecimiento del sindicato (reduciendo el potencial número de afiliaciones), o a la pérdida sin más de muchos de sus afiliados⁷⁶. El problema en estos casos será cómo constatar tal impacto en cuanto a las posibilidades de crecimiento del sindicato, o en relación a las posibles pérdidas de su nivel de afiliación; y cómo cuantificar tales daños.

Como daño indemnizable cabe considerar también el daño ocasionado por la pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia o por la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable⁷⁷. Se trata de valorar la pérdida de la oportunidad de haber hecho la suficiente presión y, con ello, de haber alcanzado un pacto más favorable, económica o profesionalmente, a los intereses de los trabajadores, y de haber efectuado la acción de presión colectiva en el momento más adecuado. “Los perjuicios económicos consisten en este caso en dejar de obtener los resultados que, en sus condiciones de trabajo, les hubiera podido procurar la acción sindical ilegalmente cercenada (...). Resultados que no dejan de ser aleatorios pero cuya posibilidad de obtención queda cercenada”⁷⁸.

Aun pudiendo teorizar sobre los distintos daños y perjuicios que han de tomarse en consideración en orden a concretar el monto indemnizatorio, no es posible ignorar lo difícil que resultará en la práctica acreditar la existencia de dichos daños, y más aún, proceder a su cuantificación. Ello ocurre singularmente cuando se trata de daños morales o de aquellos otros relacionados con la pérdida de oportunidad, habida cuenta la naturaleza inmaterial que presentan unos y otros y lo difícil que resulta su valoración. La propia Ley, consciente de tal dificultad, exige al órgano judicial que se pronuncie sobre la cuantía del daño, demandando del mismo la aplicación de un criterio prudencial cuando la prueba

⁷⁶ Vid., a este respecto, la SAN de 7 de enero de 2003 (AS 43).

⁷⁷ La pérdida de oportunidad se produce cuando una persona tiene una posibilidad de hacer algo que puede conllevar un beneficio, posibilidad que pierde por culpa de otras personas. Se trata de un supuesto en que existe una cierta incertidumbre sobre el éxito o no de la posibilidad que se tenía, pero existe también la certidumbre de que una persona tenía una oportunidad de obtener una ventaja y la ha perdido por causa ajena. Navarro Michel, M. y Roca Trías, E.: *Derecho de daños...*, op. cit., pág. 203.

⁷⁸ Sepúlveda Gómez, M.: “El daño moral y...”, op. cit., pág. 5. Añade la autora en este mismo análisis que en estos casos estamos ante un daño que presenta los siguientes caracteres: 1) goza de naturaleza patrimonial o económica, pues afecta al patrimonio de los trabajadores; 2) es real y cierto, consistente en perder una oportunidad (probabilidad o verosimilitud es lo que exigen la jurisprudencia y la doctrina civil); 3) es un daño que deriva directamente del acto empresarial contrario al derecho de libertad sindical.

de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, lo cual pasa inexorablemente por la necesidad de ponderar las circunstancias concretas del caso y evitar que se llegue a resultados desproporcionados que puedan desembocar en situaciones de enriquecimiento injusto.

En cualquier caso, no puede perderse de vista que esta indemnización no cumple una función meramente simbólica, sino que atiende a la doble función, expresamente prevista en la Ley, de reparar de modo suficiente el daño causado a la víctima, y de disuadir frente a futuras transgresiones. Así pues, no se trata única y exclusivamente de garantizar que se proporcione a la víctima un resarcimiento o compensación suficiente por los daños ocasionados (a este respecto hay que hacer hincapié en el requisito de “suficiencia” al que alude la norma, a saber, el artículo 183.2 LRJS), sino también de que la indemnización resulte ejemplarizante frente al infractor y frente a terceros a fin de evitar o de disuadir frente a la realización de futuras conductas de análoga naturaleza. Función ejemplarizante o preventiva que es predicable tanto respecto de la indemnización que reclaman los trabajadores individualmente considerados como de la que, en su caso, pueda demandar la organización sindical⁷⁹. Desde este punto de vista, no parece que las indemnizaciones que están siendo reconocidas actualmente en sede judicial con motivo de actos lesivos al derecho de huelga, sobre todo cuando se trata del trabajador, cumplan suficientemente estos cometidos pues en un gran número de pronunciamientos la indemnización queda limitada, en relación con este último, a un importe equivalente a los salarios dejados de percibir por el mismo por los días que ha participado en la huelga (o por los días de duración del cierre patronal ilícito, lesivo al derecho de huelga)⁸⁰, sin atender a ningún otro tipo de consideraciones. Y por lo que se refiere al sindicato la mayoría de los fallos judiciales fijan cantidades a tanto alzado sin cuantificar separadamente los daños producidos ni valorar tampoco las circunstancias

⁷⁹ Como señala la doctrina de suplicación, “en la petición de indemnización existe siempre un componente sancionatorio que cumple una función preventiva en tanto que si la violación del derecho no lleva aparejado ningún perjuicio tangible para el infractor, fácilmente se verá éste inclinado a repetir en el futuro idéntica o parecida conducta ilícita, función preventiva que es predicable tanto de los trabajadores individualmente considerados como de los sindicatos”. STSJ Navarra de 8 de junio de 2005 (AS 2248).

⁸⁰ En este sentido, pueden citarse, por ejemplo, las SSTSJ Navarra, de 8 de junio de 2005, y de 10 de marzo de 2008 (AS 2248 y 1902, respectivamente). En la primera de ellas se calcula el quantum indemnizatorio en atención al salario diario multiplicado por el número de días que duró la huelga al considerar que éste es el coste que supuso para los trabajadores su participación en la misma. En la segunda, la indemnización es el resultado del producto del salario/día de cada trabajador afectado por el número de días desde el inicio del cierre patronal hasta su cese definitivo.

concurrentes⁸¹. Así pues, no creo que con arreglo a los criterios judiciales que actualmente se están aplicando queden garantizadas de modo suficiente ninguna de las dos funciones que la ley atribuye a esta indemnización. Por lo que respecta a la función reparadora, porque a la hora de cuantificar los daños ni siquiera se toman en consideración la totalidad de los producidos (pérdida de complementos extrasalariales, intereses de demora, etc), ni tampoco se tienen en cuenta todos los criterios de valoración que debieran aplicarse (la pérdida de oportunidad, por ejemplo), con lo cual los daños ocasionados a la víctima no quedan totalmente reparados. Concerniente a la función ejemplarizante, porque en las indemnizaciones que suelen fijar los tribunales tampoco se aprecian incrementos cuantitativos sustanciosos en la cantidad final a abonar por las empresas que permitan deducir el cumplimiento de una función disuasoria frente a futuras conductas de esta naturaleza⁸².

⁸¹ Aunque en alguna ocasión puntual también se ha tomado como parámetro, a fin de cuantificar el daño, las cantidades previstas en concepto de multa en el TRLISOS para conductas lesivas de esta naturaleza, admitiéndose la posibilidad de modular dichas cantidades en función de los índices de audiencia de cada sindicato afectado. Vid., en este sentido, la STSJ Asturias, de 11 de febrero de 2011 (RJ 949).

⁸² En este mismo sentido, en relación con la indemnización que viene reconociéndose al trabajador, se sostiene que “si sólo se repara la pérdida del salario, la situación real que se produce es la misma que si no se hubiese convocado la huelga; es más, puede suponer una invitación a la lesividad del derecho de huelga, pues reparando los días de sustitución de huelga se consigue el mismo efecto que si no se hubiese convocado huelga, esto es, la inexistencia o ineficacia del instrumento de presión”. Así pues, “la pérdida de esos días de salario es un daño accesorio”. Sepúlveda Gómez, M.: “El daño moral y...”, op. cit., pág. 4.