

UNA APROXIMACIÓN A ASPECTOS DE LAS CONTROVERSIAS COLECTIVAS EN LA MODALIDAD PROCESAL DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Jornada de Derecho Colectivo de la Mesa de lo Social de la Audiencia Nacional – 23 de abril de 2014

Bernardo García Rodríguez – abogado UGT

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN

2 LEGITIMACIÓN

2.1 Intervención de la sección sindical

2.2 Legitimación de la representación unitaria de l@s trabajador@s

5.6 Otras compensaciones no dinerarias.

2.3 Presencia del Ministerio Fiscal

3 OBJETO DEL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1 El contenido constitucional del derecho fundamental

3.2 La invocación de la vulneración del derecho fundamental en el proceso de conflicto colectivo

3.3 La invocación de vulneración del derecho fundamental en el proceso de impugnación de los convenios colectivos

4 TRAMITACIÓN

4.1 Contenido de la demanda

4.2 Medidas cautelares

4.3 Plazos de prescripción y caducidad

4.4 Imposibilidad de reconvención

5 CONTENIDO DE LA CONDENA. ESPECIAL REFERENCIA A LA INDEMNIZACIÓN.

5.1 No automaticidad de la condena de indemnización

5. 2 La indebida inclusión de los honorarios de letrad@ en la cuantía de la indemnización reclamada

5.3 Determinación por el órgano judicial de instancia y su eventual revisión

5.4 La referencia a la LISOS para la cuantificación de la indemnización. STC 247/2006, de 24 de julio.

5. 5 El efecto disuasorio de la condena indemnizatoria

5.6 Otras compensaciones no dinerarias

1 INTRODUCCIÓN.

El análisis en el presente documento va a ceñirse señaladamente a las controversias colectivas que pudieran ser planteadas en el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que regulan los artículos 177 a 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), susceptibles en su caso de ser conocidas por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dado el foro en el que se presenta, aunque naturalmente las consideraciones que aquí se contienen pueden resultar de aplicación en procesos seguidos ante otros órganos jurisdiccionales de lo social que pudieran conocer controversias colectivas.

El análisis no pretende alcanzar a todo el régimen jurídico procesal de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, sino que se centrará en algunos aspectos que se consideran de mayor interés desde la perspectiva de un abogado laboralista, procurándose detenerse en las novedades que se incorporan con la aprobación de la Ley 36/2001, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

El documento se va a limitar a analizar al proceso de tutela regulado en la LRJS, de manera que a pesar de que los empleados públicos comparten la aplicación de la LOLS con los empleados privados, al excluir de la jurisdicción social el artículo 3.c/ LRJS, la tutela de la libertad sindical y el derecho de huelga de los funcionarios públicos, personal estatutario y al personal que se refiere el artículo 1.3 ET (personal al servicio de entes públicos cuando su relación se regule por normas administrativas o estatutarias), que serían conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa, no serán objeto de consideración tales controversias en el presente documento. Aunque la ley únicamente mencione los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga, se ha entendido también que la exclusión de la competencia del orden social se refiere, asimismo y respecto a las controversias de estos empleados públicos, al resto de los derechos fundamentales (CAVAS MARTÍNEZ).

Por su parte el artículo 2.f/ LRJS señala expresamente que la competencia de la jurisdicción social se extiende sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas referidas exclusivamente al personal laboral; lo que a sensu contrario significa que no tendría competencia cuando las reclamaciones vengan referidas conjuntamente a personal laboral y funcionario (MONEREO y FERNÁNDEZ AVILÉS). La exclusión de conocimiento de los órganos

judiciales de lo social también alcanza a la impugnación de disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin (artículo 3.d/ LRJS).

2 LEGITIMACIÓN.

2.1 Intervención de la sección sindical.

Los artículos 177.1 LRJS y 13 LOLS se refieren al sindicato, junto al trabajador, como sujetos legitimados para recabar la tutela en este proceso especial.

La sección sindical constituida en la empresa carece en principio de personalidad jurídica y no tiene atribuidas expresamente capacidades procesales con carácter general distintas a las del propio sindicato del que forma parte, aunque en la regulación de las controversias colectivas aparece la previsión de su intervención procesal, en concreto en el proceso de conflicto colectivo (artículo 154 c/ LRJS reconoce la legitimación de la representación sindical de los trabajadores en los conflictos de empresa o ámbito inferior), en la impugnación de los despidos colectivos (artículo 124 LRJS), en correspondencia con la supremacía y protagonismo que en los periodos de consultas de las medidas de reestructuración empresarial y de despido colectivo otorga nuestro sistema de relaciones laborales a las secciones sindicales (artículo 41.4 ET y demás preceptos que al mismo se remiten en la regulación de los periodos de consultas).

Más que de legitimación en este caso, se trataría de la capacidad procesal exigible a las partes, en todo proceso judicial, como requisito de carácter previo, genérico o abstracto, en su doble dimensión de capacidad para ser parte y de la concreta capacidad procesal, correlativos procesales a la personalidad o capacidad jurídica y a la capacidad de obrar del Derecho civil, respectivamente (MARÍN MARÍN). Por capacidad procesal se entiende la capacidad de realizar actos jurídicos con eficacia procesal, y así la capacidad procesal presupone la capacidad para ser parte, apareciendo una correlación entre la capacidad procesal y la capacidad de obrar del Derecho material (ALONSO OLEA).

La sección sindical en todo caso puede actuar como parte de la estructura sindical y conforme a las previsiones a tal efecto contenidas en los estatutos del sindicato, actuando en este caso como parte el propio sindicato y no como un ente carente de personalidad jurídica (MORENO VIDA).

2.2 Legitimación de la representación unitaria de los trabajadores.

La doctrina constitucional ha sentado que los delegados de personal y comités de empresa no son titulares del derecho de libertad sindical (por todas STC 74/1996, de 30 de abril; también la Sala IV del Tribunal Supremo, en su sentencia, por todas, de 17-7-1996 – rec. 538/1996).

Pero se ha aceptado que un miembro de la representación unitaria cuente con legitimación activa para instar por el cauce procesal de tutela de su libertad sindical frente a la actuación empresarial que le negó el derecho a la acción sindical, pretensión que se actúa en el ámbito del contenido constitucional del derecho fundamental invocado, desde el momento en que no se insta en la demanda el reconocimiento del derecho al desempeño de la labores de representación de los trabajadores que le atribuye el art. 68.e/ ET , sino que se funda en la propia LOLS, arts. 2 y 13 , cuando se afirma que la conducta de la empresa está encaminada a limitar sus derechos como representante de los trabajadores, condición que obtuvo como afiliado y como candidato integrado en candidatura presentada por un sindicato. En esa línea, la STC 40/1985, de 19 de abril de 1985 afirma: "El derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado comprende ... no sólo el derecho de los trabajadores de organizarse sindicalmente, sino además el derecho de los sindicatos de ejercer aquellas actividades que permiten la defensa y protección de los propios trabajadores, de lo que se sigue que para el eficaz ejercicio de sus funciones, los representantes sindicales han de disfrutar de una serie de garantías y facilidades, que de algún modo se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical, siendo una de ellas, precisamente la que aquí se cuestiona, la prevista en el art. 68.e) ET , de acuerdo con la cual, los miembros del Comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los Convenios Colectivos, la garantía de disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la escala en tal precepto determinada" (SSTS 30-6-2011 – rcud 2933/2010; 26-11-2013 – rcud 449/2013; y 19-12-2013 – rcud 555/2013).

2.3 Presencia del Ministerio Fiscal.

La intervención del representante de la Fiscalía lo es a título de parte principal y no de coadyuvante, de suerte que podría recurrir y continuar el procedimiento con independencia de la voluntad del demandante (VALDÉS DAL-RÉ), pero quedando la interposición de la demanda limitada a los particulares. La intervención del Ministerio

Fiscal supone una cierta quiebra al principio dispositivo sobre el objeto del proceso, que aproxima a los procesos especiales para la protección de los derechos fundamentales al principio de oficialidad (MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS).

La llamada al proceso del Ministerio Fiscal es inexcusable, siendo su intervención cuestión de orden público, pero bastando su emplazamiento sin que resulte preceptiva su comparecencia (STS 22-7-2004).

El artículo 188.2 LRJS extiende la necesaria intervención procesal del Ministerio Fiscal a las modalidades procesales que inexcusablemente deben tramitarse al margen del proceso de tutela de los derechos fundamentales, tal como se establece el artículo 184 LRJS, en las que se suscitarán las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.

3 . OBJETO DEL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

3 .1 El contenido constitucional del derecho fundamental.

Los mayores problemas que se suscitan en relación a este proceso especial giran alrededor de su objeto, al quedar reducido, por aplicación del principio de cognición limitada que establece el artículo 178 LRJS, al conocimiento de la lesión de los derechos fundamentales, quedando excluido de su ámbito el control de la estricta legalidad ordinaria.

La doctrina jurisprudencial de la Sala IV del Tribunal Supremo aplica un criterio restrictivo del objeto de esta modalidad procesal (que se expresa con toda claridad en la sentencia de Sala General TS 14-7-2006, RJ 6454; y se reitera en sentencias TS 19-9-2006, RJ 4120; 9-5-2008, RJ 4120; y 12-6-2012, RJ 9283; también SAN 14-12-2012. Proc. 244/2012), que se expresa en los siguientes elementos:

- El principio de cognición limitada reserva a esta modalidad las pretensiones por lesión del contenido esencial del derecho en su configuración constitucional o en las normas ordinarias de desarrollo que concretan esa delimitación, sin comprender las facultades que hayan podido ser adicionadas por normas infraconstitucionales, que resultan los "fundamentos diversos" a la tutela del correspondiente derecho fundamental.
- A efectos de la adecuación del procedimiento lo decisivo no es que la pretensión esté correctamente fundada y deba ser

estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir que se afirme que se ha vulnerado un derecho fundamental.

- Más allá del contenido constitucional del derecho está el contenido adicional en sentido estricto, que es el que puede añadirse por otras normas infraconstitucionales: leyes ordinarias, reglamentos, convenios colectivos, etc; (los fundamentos diversos a los que se refería el artículo 176 LPL y ahora recoge el vigente artículo 178 LRJS), y que no es tutelable por la vía del proceso especial y su protección habrá de obtenerse en el orden laboral a través del procedimiento que en cada caso corresponda en función de la acción ejercitada.
- El contenido constitucional comprende, por tanto, el contenido esencial del derecho y su contenido histórico o variable, que introduce la Ley orgánica y ambos entran dentro del ámbito del proceso de tutela.
- El contenido adicional en sentido estricto, que no está en la Constitución ni en la Ley orgánica, es el que queda fuera del proceso de tutela.
- Las nociones de contenido esencial y adicional sentadas por el Tribunal Constitucional (SSTC, entre otras, 23/2983, de 25 de marzo; 61/1989, de 3 de abril; 293/1993, de 18 de mayo; 1/1994, de 17 de enero; y 127/1995, de 25 de julio), no son determinantes para establecer la adecuación del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales; siendo la noción relevante la fijada por el Tribunal Supremo de contenido constitucional de tales derechos, que es el establecido en la propia Constitución y en la ley orgánica que desarrolla el derecho fundamental.

El contenido esencial estaría comprendido por los derechos que constituyen un núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el propio derecho fundamental no sería reconocible, y resulta más amplio que el contenido enunciado en el artículo 28.1 CE, que resulta meramente ejemplificativo. La regulación de la libertad sindical en los instrumentos internacionales y la doctrina del Tribunal Constitucional interpretando el alcance del derecho de sindicación recogido en la Constitución, han venido a determinar el concreto contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical. Por otra parte se ha considerado que el artículo 2 LOLS agota seguramente lo que la Constitución llama contenido esencial o contenido mínimo de este derecho fundamental (MARTÍN VALVERDE y MARTÍNEZ MORENO). El contenido adicional es creación de normas

infraconstitucionales del derecho, estatales y convencionales, siendo su contenido variable y contingente y su configuración no está sujeta a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho fundamental (SSTC 30/1992, de 18 de marzo; 201/1999, de 8 de noviembre; y 76/2001, de 26 de marzo). Ejemplos de contenido adicional serían el derecho de los sindicatos a presentar candidaturas en las elecciones de los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa (STC 18/2001, de 29 de enero), facultades de los cargos sindicales reguladas en el artículo 9 LOLS (SSTC 61/1989, de 3 de abril; y 18/2003, de 30 de enero); el derecho de determinadas secciones sindicales a estar representadas por delegados sindicales con determinadas facultades y garantías (STC 229/2002, de 9 de diciembre).

- No hay equivalencia entre el proceso social de tutela y el recurso de amparo. Este último es el único cauce a través del cual el Tribunal Constitucional puede proteger de forma concreta los derechos fundamentales y, sin duda, por ello ha optado dicho Tribunal por dar cabida en ese recurso a determinadas lesiones que ha considerado relevantes del contenido adicional que exceden de lo que la Sala IV del Tribunal Supremo ha denominado contenido constitucional del derecho.
- En el proceso social la modalidad procesal de los artículos 177 a 184 LRJS no es la única vía de protección de los derechos fundamentales, lo que justifica que la ley haya establecido un ámbito más estricto del objeto de este procedimiento preferencial y sumario, ante los evidentes riesgos de masificación e inoperancia en otro caso.

Este criterio jurisprudencial aclara finalmente que todos los pronunciamientos que contemplaba el antiguo artículo 180 LPL, que se corresponde con el vigente artículo 182 LRJS (nulidad de la conducta vulneradora, cese inmediato de la misma, reposición de la situación al momento anterior a la lesión del derecho y reparación de sus consecuencias, incluyendo la fijación de una indemnización) pueden obtenerse por cauces procesales alternativos.

Este criterio restrictivo sobre el alcance de la cognición limitada del proceso especial, limitando su objeto al denominado contenido constitucional del derecho fundamental, podría pugnar con el mandato constitucional contenido en el artículo 53.2 CE, que exige que pueda recabarse la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º de la Constitución, ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento

basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

3.2 La invocación de la vulneración del derecho fundamental en el proceso de conflicto colectivo.

Como se ha apuntado en el apartado anterior la doctrina jurisprudencial de la Sala IV del Tribunal Supremo ha señalado que los pronunciamientos que contemplaba el antiguo artículo 108 LPL, que se corresponde con el vigente artículo 182 LRJS (nulidad de la conducta vulneradora, cese inmediato de la misma, reposición de la situación al momento anterior a la lesión del derecho y reparación de sus consecuencias, incluyendo la fijación de una indemnización) pueden obtenerse por cauces procesales alternativos, entre los que expresamente cita al proceso de conflicto colectivo, cuando éste excepcionalmente pueda incluir acciones de condena

Respecto a la posibilidad de reclamar una indemnización en el proceso de conflicto colectivo, ya el Tribunal Constitucional resolvió ante la falta de aceptación en sede judicial, precisamente en un procedimiento de conflicto colectivo, de una petición de condena (realizar lo necesario para reabrir un economato y mantener el servicio de economato en las mismas condiciones que regían con anterioridad al cierre), que aunque esta modalidad procesal sólo puede utilizarse para dilucidar cuestiones que afectan a un grupo de trabajadores considerados en su conjunto, ello no es obstáculo para que en ocasiones se satisfagan por esta vía pretensiones en las que el aspecto objetivo del conflicto (el interés general o colectivo) cede en importancia ante el elemento subjetivo y en las que, en consecuencia, no se reclama tanto la interpretación de una norma de alcance general como el cumplimiento de una obligación que afecta a un grupo de trabajadores. De manera que la decisión del órgano judicial de no dar cabida en el procedimiento a la petición de condena y de configurar por tanto un fallo meramente declarativo respecto del derecho a la reapertura del economato, habría de conducir en último término a la remisión a otros procedimientos distintos y ulteriores para plantear la pretensión de condena excluida, consecuencia a todas luces desproporcionada desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 178/1996).

Más recientemente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre la configuración del proceso de conflicto colectivo, su origen y evolución, la doctrina constitucional al respecto como garantía de la tutela judicial efectiva en las controversias que son asumidas por la colectividad de los afectados y planteada a través de instrumentos colectivos, la diversidad de pretensiones que canaliza y los distintos pronunciamientos posibles: mera declaración o interpretación y fallo de condena más o menos detallado (STC 12/2009).

3.3 La invocación de vulneración del derecho fundamental en el proceso de impugnación de los convenios colectivos.

La Sala IV del Tribunal Supremo ha considerado que el objeto del proceso de impugnación de convenio colectivo no se limita al análisis de la legalidad, ordinaria o constitucional, de los preceptos impugnados, lo que no impide que puedan por tanto examinarse posibles lesiones del derecho de libertad sindical en ese caso denunciadas y acumuladas a la pretensión principal, pero sin que el Tribunal pueda asumir competencias que excedan de ese objeto, añadiendo que la aplicación de eventuales límites en el pronunciamiento del proceso de impugnación del convenio colectivo no se desprende indefensión para el demandante, porque todas sus pretensiones distintas a la pura anulación de los preceptos, incluida la indemnización correspondiente, se pueden conseguir sin merma o detrimento alguno, desde el momento en que en todo caso y en ese cauce procesal adecuado se puede indemnizar el daño que se haya podido producir, tanto por la lesión de un derecho fundamental o por lesión de legalidad ordinaria (SSTS 26-1-2009 – rco 28/2006; y 10-12-2013 – rco 85/2012).

Como reverso a esta situación se encuentra la posibilidad de impugnar un convenio colectivo, pacto o acuerdo extraestatuario, que durante la vigencia de la anterior Ley de Procedimiento Laboral se exigía que se articulara a través de la modalidad procesal de impugnación de los convenios colectivos (SSTS, por todas, 16-5-2002 – rco 1191/2001; 18-2-2003 – rco 1/2002; y 16-7-2013 – rco 105/2012). Por aplicación de lo dispuesto en el antiguo artículo 182 LPL (que se corresponde al vigente artículo 184 LRJS), no cabía acudir cuando la nulidad se pretendiera de aquel pacto colectivo a la modalidad de tutela de derechos fundamentales, debiendo plantearse la pretensión necesariamente por la vía del proceso de impugnación de los convenios colectivos.

Pero desde la vigencia de la LRJS, que prevé que la impugnación de los convenios colectivos extraestatuarios, no regulados en el Título III ET, se lleve a cabo bajo la modalidad del conflicto colectivo (artículo 153 LRJS), de manera que por tanto cabe considerar que en este proceso sí puedan articularse pretensiones propias del proceso de tutela, incluida la reclamación de indemnización correspondiente; o bien que pueda instarse esta modalidad procesal de tutela interesando la nulidad del convenio colectivo extraestatuario y los demás pronunciamientos propios de la misma, por no impedirlo ya lo dispuesto el artículo 184 LRJS, superando los obstáculos que durante la vigencia de la anterior LPL provocó en algunas situaciones la declaración de inadecuación del procedimiento (SAN 17-5-2012 – proc. 70/2012).

3.4 La reconducción del procedimiento de tutela de derechos fundamentales a la modalidad procesal adecuada.

El artículo 102 LRSJ, en consonancia con lo dispuesto asimismo en los artículos 238.3 y 243 LOPJ, y 225.3 LEC, contiene un mandato dirigido al órgano jurisdiccional de reconducción del litigio planteado al proceso adecuado, según la naturaleza de la pretensión ejercitada, con el fin de evitar resultados de sobreseimiento del proceso o absolución en la instancia, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.

Aunque se ha indicado que con carácter general de hecho las diferencias entre las modalidades procesales en la jurisdicción social no suelen ser tan significativas que impidan la subsanación antes del acto del juicio, bastando muchas veces con completar los trámites adicionales exigidos para la respectiva modalidad procesal (petición de informes, presencia del Ministerio Fiscal, intento de conciliación o mediación previas) o simplemente ajustarse en la sentencia al régimen de recursos correspondiente (FOLGUERA CRESPO), no es óbice para que se susciten otros problemas de eventual caducidad de la acción por haberse intentado un trámite preprocesal no exigible, o señaladamente y respecto del proceso de tutela de los derechos fundamentales, de imposibilidad de que sean reconducidos a este por su naturaleza optativa u opcional procedimientos instados bajo otra modalidad procesal.

Distinto resulta cuando se insta el proceso especial de tutela de derechos fundamentales y el juez o tribunal que conoce el mismo resulta competente y la demanda reúna los requisitos exigidos por la ley para la clase de procedimiento que el órgano judicial considere adecuado, distinto al planteado inicialmente por la parte demandante bajo el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales, en cuyo caso el artículo 179.4 LRJS exige que a la demanda se le dé la tramitación ordinaria o especial que corresponda, que deja de ser una potestad del juez o tribunal y se convierte en una obligación para estos (CAVAS MARTÍNEZ).

Esta reconducción de la inicial demanda de tutela de derechos fundamentales al proceso adecuado debería de producirse en el momento procesal de admisión de la misma; lo que tendría la ventaja de dar desde ese estadio inicial la tramitación correspondiente de la modalidad adecuada, evitando que el procedimiento se beneficie de los rasgos de preferencia y sumariedad del proceso especial. Pero también cabe que esa controversia procesal se plantee en el acto del juicio, de manera que en ese caso también podría suscitarse si del resultado de estimarse la excepción de inadecuación de

procedimiento la sentencia debería de abstenerse a entrar en el fondo del debate. La solución más respetuosa con la conservación de los actos procesales, en aplicación de los principios de economía procesal y celeridad, y para evitar dilaciones y retrasos, sería reconducir el procedimiento a la modalidad adecuada, siempre que no se haya producido merma alguna en las garantías procesales y de defensa para las partes previstas en el procedimiento considerado adecuado, y siempre a salvo de que no concurra mala fe procesal, maquinación o fraude de ley en la parte demandante, que aprovechando la previsión contenida en el artículo 179.4 LRJS pretenda indebidamente la tramitación sumaria y preferente respecto a una acción que notoriamente conoce que no puede encuadrarse en el proceso especial de tutela del derecho fundamental. Avalan esta solución de reconducción del procedimiento inicialmente de tutela de derechos fundamentales a otra modalidad que resulta la adecuada en la propia sentencia, resolviendo por tanto el fondo de la controversia, algunos pronunciamientos de la Sala IV del Tribunal Supremo (SSTS 18-5-1992 – rco 1359/1991; 13-7-1993 – rco 2067/1991; 26-7-2004 – rcud 2334/2003; y 21-11-2006 – rcud 3137/2005); no resultando obstáculo el que no se haya intentado la conciliación preprocesal, cuando resulte preceptiva en la modalidad que se considere adecuada, a pesar de las dudas que ha mostrado algún sector de la doctrina al respecto (CAVAS MARTÍNEZ), por cuanto ya se ha producido intento en el mismo sentido ante la Secretaría en el trámite del procedimiento judicial, resultando ocioso reiterar un nuevo intento en tales circunstancias.

A las demandas que invoquen la vulneración de derechos fundamentales y que inicialmente se presentan por el cauce de su tutela de los derechos fundamentales, y que resulten reconducidas a la modalidad procesal que resulta adecuada e inexcusable, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 184 LRJS, así como al resto de las acciones que se planteen en dichas modalidades procesales específicas con denuncia de infracción de derechos fundamentales, les alcanzan las garantías y especialidades previstas para el proceso especial de tutela de los mismos, como ha tenido oportunidad de venir señalando la doctrina (CRUZ, VALDÉS, LINARES, MARTÍNEZ EMPERADOR y GÁRATE).

4 TRAMITACIÓN DEL PROCESO.

4.1 Requisitos de la demanda.

Como excepción a la regla general para las demandas presentadas ante los órganos judiciales de lo social, a las que no se exige que contengan fundamentación jurídica o cita de precepto legal alguno (artículo 80.1 LRJS), en el proceso de tutela de derechos

fundamentales la demanda, además de expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración ha de contener alegación concreta sobre el derecho fundamental o libertad pública que se consideren infringidos (artículo 179.2 LRJS).

La jurisprudencia venía exigiendo que en la demanda de tutela de los derechos fundamentales se fundamentará la indemnización reclamada, de manera que no bastaba por tanto en cifrar o cuantificar la indemnización en la demanda correspondiente, sino que resultaba necesario hacer constar explicación suficiente de los perjuicios que se hubieran podido derivar directamente para el sindicato de los hechos objeto de enjuiciamiento, así como los datos relativos a las bases y elementos clave de la indemnización reclamada (STS 25-2-2004; RJ 3276). La LRJS recoge esta doctrina legal en su artículo 179.3, al exigir para el supuesto de reclamación de indemnización por la vulneración denunciada, la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, debiendo establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador. Pero este precepto establece una relevante matización relativa a los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental, respecto a los que parece eximir de tales exigencias cuando resulte difícil su estimación detallada, lo que abre algunos interrogantes sobre su alcance en la doctrina legal hasta ahora sentada en la materia, que podría dar lugar a un criterio aperturista en la fijación de la indemnización por daño moral.

Sobre la aplicación de la doctrina legal referida la Sala IV del Tribunal Supremo ha aportado algunas aclaraciones o consideraciones adicionales: a) la primera es que las bases o indicios que han de acreditarse por quien reclama indemnización por daño moral, como es obvio no van referidos al importe del resarcimiento sino a la exclusiva existencia y entidad del daño moral sufrido, soporte del resarcimiento; y b) la segunda y fundamental se refiere a que no todo sufrimiento psicofísico derivado de la vulneración de un derecho necesariamente engendra un daño moral indemnizable, pues en principio no lo produce en general el incumplimiento de un derecho consagrado por norma ordinaria (STS 11-6-2012, RJ 9283).

En este sentido los daños y perjuicios, términos sinónimos, pueden producirse en la esfera patrimonial del perjudicado, y su valoración alcanzar tanto el daño emergente, cuantificable en el menoscabo que la víctima sufre en su patrimonio; como el lucro cesante, consistente en los beneficios ciertos y concretos que el perjudicado debía haber percibido y por la conducta vulneradora son perdidos, sin que se incluyan *hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna* (TS

Sala Civil 5-11-98, RJ 8404). Su determinación en la demanda y su acreditación en el proceso parecen resultar requisitos insoslayables.

Respecto de los daños extrapatrimoniales, la cuestión se complica, dado que se trata de cuantificar un perjuicio no sujeto a pérdidas evaluables según un precio en el mercado (SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI). Entre estos daños extrapatrimoniales son encuadrables los daños morales, que se refieren al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral; y la jurisprudencia civil ha calificado entre ellos el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales; y en tanto el daño moral no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia inveteradamente puesta de manifiesto (TS Sala Civil 27-7-06, RJ 6548).

El daño moral es el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas, entre las que se encuentra el sindicato. A diferencia de los entes físicos en que el daño moral se traduce en sufrimiento, angustia, preocupación; en los entes o personas jurídicas se manifiesta en el prestigio y estima moral en el concepto público y en la resonancia del hecho vulnerador (TS Sala Civil 20-2-02, RJ 3501).

En definitiva se exige aportar en el escrito de demanda suficientes elementos, factores, descripciones o valoraciones que permitan identificar el daño o perjuicio producido a efectos de señalar la indemnización que pueda corresponder con aquellos (SAN 27-7-2012 – proc. 131/2012).

Por último resaltar que para estimarse la vulneración del derecho fundamental es irrelevante la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo o la indagación de factores psicológicos o subjetivos de arduo control, bastando con constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma (STC 11/1998, de 13 de enero; y STS 12-12-2007, RJ 3018).

4.2 Medidas cautelares.

En los supuestos de vulneración de la libertad sindical el artículo 180.2 LRJS condiciona la suspensión del acto impugnado a supuestos de lesiones que pudieran impedir la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés

general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación, de manera que la enunciación de supuestos es ejemplificativa y abierta (GALIANA MORENO); pero sin que se alcance a ver cuál sea la razón por la que se limita el amparo judicial preventivo a los intereses colectivos relativos a la libertad sindical y no da el mismo tratamiento al derecho de libertad individual cuando esté amenazado por un daño inminente y grave de imposible reparación, como ha señalado la doctrina (BAYLOS, CRUZ y FERNÁNDEZ LÓPEZ).

El número 3 del artículo 180 LRJS y ya respecto del derecho de huelga se limita nuevamente la adopción de la medida cautelar en las controversias colectivas, al prever que exclusivamente se acordará respecto de los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas.

No se exige, como contrapartida a tal régimen restrictivo para la adopción de la suspensión cautelar, la necesidad de establecer fianza o garantía de ningún tipo.

La adopción de la medida cautelar, cuando excepcionalmente se acuerde, no prejuzga o resulta anticipo final del proceso, de manera que no se trata de analizar la prosperabilidad de la demanda, sino más limitadamente la preservación de la eficacia de un posible, que no inexorable, pronunciamiento estimatorio de la misma, de ahí que la decisión cautelar deba mantenerse neutral sobre las posibilidades de estimación de la demanda presentada (MONEREO y FERNÁNDEZ AVILÉS). Pero como se viene exigiendo en todo caso para que la misma pudiera prosperar, el presupuesto de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), se introduce en definitiva en la resolución de la solicitud de la medida cautelar el análisis de la concurrencia del supuesto de vulneración alegado, muy vinculado por tanto con el resultado final del proceso.

El plazo de tramitación del incidente es tan sumario, que resulta prácticamente de imposible cumplimiento, lo que más que suponer una garantía de inmediata tutela provoca un efecto frustrante y desalentador para las partes y los órganos jurisdiccionales, al menos en supuestos de controversias colectivas.

4.3 Plazos de prescripción y caducidad.

El Tribunal Constitucional considera compatible la naturaleza permanente e imprescriptible de los derechos fundamentales con que el ordenamiento limite temporalmente la vida de las acciones

concretas que derivan de las lesiones infringidas a tales derechos; de manera que corresponde al legislador a la hora de regular los distintos derechos fundamentales, la determinación del periodo de tiempo dentro del cual se podrá reaccionar frente a supuestas o reales vulneraciones de los mismos (STC 7/1983).

El Tribunal Supremo por su parte ha considerado que las acciones de tutela de los derechos fundamentales prescriben y se agotan, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 59.2 ET, en el plazo de un año (STS 26-1-2005, RJ 3158; 15-12-2008, RJ 388), criterio que comparte la doctrina (VALDÉS DAL-RÉ y CAVAS MARTÍNEZ), a salvo de que la modalidad procesal de tramitación inexcusable por aplicación de lo dispuesto en el artículo 184 LRJS fije un plazo diferente, en concreto de caducidad como acontece en la muchas de ellas (despido, modificación sustancial de las condiciones de trabajo...), lo que implica una falta de uniformidad en el régimen jurídico de los plazos, que varían en función de los actos o comportamientos en que se materializa la violación (ALBIOL MONTESINOS).

Cabe reprochar al criterio de establecer como plazo general de prescripción del año, que el artículo 59 ET regula la prescripción y caducidad en el marco de los derechos y obligaciones de contrato de trabajo, de manera que resultaría fundado invocar, cuando el sujeto que reclama es el sindicato por la vulneración de sus derechos fundamentales, lo dispuesto en el artículo 1964 del Código civil, que fija la prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción en quince años.

El artículo 70.2 LRJS establece el plazo de caducidad de veinte días en las demandas de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical, en concordancia con el breve plazo de diez días dispuesto para el proceso especial de tutela de derechos fundamentales regulado en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 115 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa); aunque la exclusión de conocimiento de los órganos judiciales de lo social sobre la impugnación de disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin (artículo 3.d/ LRJS), supone que aquella previsión resulte de marginal aplicación.

4.4 Imposibilidad de reconvención.

El planteamiento de reconvención en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, como podría acontecer en la petición de declaración de nulidad de una huelga por parte de una empresa o una asociación empresarial demandadas, es desestimado por la Sala VI del Tribunal Supremo, por cuanto su excepcional formulación en el proceso social debe ser anunciada en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa, trámite preprocesal que no se sigue en la modalidad de tutela de los derechos fundamentales, y además por cuanto el objeto del proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de los derechos fundamentales, sin posibilidad de acumulación de acciones de otra naturaleza, considerando en este sentido que la calificación de la huelga como legal o ilegal es cuestión de legalidad ordinaria, al basarse en la aplicación de lo dispuesto en el RD-L 17/1977, de 4 de marzo (STS 5-6-2012 – rco 62/2010).

Lo expuesto no impide por tanto que la pretensión que no puede canalizarse por vía de reconvención se plantee en procedimiento independiente. En algún supuesto la doctrina más autorizada (DE LA VILLA) ha advertido que el recurso a la reclamación por la empresa de una indemnización escandalosa al sindicato por la convocatoria de una huelga que se alega ilícita y abusiva, puede suponer una auténtica medida indirecta de limitación del derecho de huelga; al comentar el supuesto en el que una empresa había reclamado inicialmente en un proceso de conflicto colectivo, una indemnización al sindicato de 14.756.984,06 € (10 millones por daños a su imagen, y la cantidad restante correspondiente a los perjuicios por la cancelación de vuelos), desistiendo en el acto del juicio de la reclamación de la indemnización, pero manteniendo la pretensión de declaración del carácter ilícito y abusivo de la huelga, que resulta desestimada (TSJ Canarias - Santa Cruz de Tenerife 30-4-2008, AS 1447).

5 CONTENIDO DE LA CONDENA. ESPECIAL REFERENCIA A LA INDEMNIZACIÓN.

5.1 No automaticidad de la condena de indemnización.

El Tribunal Supremo inicialmente sostuvo que una vez declarada la existencia de la vulneración del derecho de libertad sindical, o de otro derecho fundamental o del principio de igualdad y no discriminación, se desencadenaba la condena automática al abono de una indemnización (TS 9-6-1993, RJ 4553).

Pero posteriormente, de forma reiterada y continua, ha considerado que declarada la existencia de vulneración del derecho fundamental de libertad sindical, aunque la norma procesal disponga que en tales casos se han de reparar de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera, no significa en absoluto que baste con quede acreditada tal vulneración para que el órgano judicial tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización (TS 28-2-00, RJ 2242; 23-3-00, RJ 3121; 17-1-03, RJ 1478; 11-4-03, RJ 4525; 25-2-04, RJ 3276, 16-7-04, RJ 5810; 24-4-07, RJ 6371; 16-1-08, RJ 460; y 15-12-08, RJ 388).

En este sentido la jurisprudencia exige que para adoptarse el pronunciamiento condenatorio de indemnización es del todo punto obligado:

a/ Que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión.

b/ Que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase.

De manera que cuando en la demanda no se determinan los parámetros para fijar los daños morales con reclamación de indemnización que el Tribunal en suplicación reduce por resultar cuantía más adecuada, sin detalle explicativo y en sustitución de la actividad alegatoria y probatoria que corresponde a la parte demandante, se lleva a cabo una aplicación indebida del principio de automaticidad indemnizatoria que vulnera la doctrina jurisprudencial en la materia (STS 15-4-2013 – rcud 1114/2012).

Aún con la nueva previsión contenida en el artículo 183.2 LRJS, al exigir que el órgano judicial se pronuncie sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, se ha considerado que persiste el alcance en toda su extensión de la doctrina jurisprudencial referida (SAN 14-11-2013 – proc. 320/2013).

5.2 La indebida inclusión de los honorarios de letrada/o en la cuantía de la indemnización reclamada.

El Tribunal Supremo ha sentado en doctrina pacífica y reiterada la imposibilidad de incluir entre la cuantía de la indemnización reclamada, concretamente en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, los honorarios satisfechos al abogado de la parte actora, que son generados en el proceso. Esta reclamación sólo pueden encontrar respuesta en la decisión que se haya de adoptar sobre imposición de costas (TS 18-5-92, RJ 3562; 4-4-07, RJ 3171 y 16-1-08, RJ 460; TSJ Cataluña 28-5-08, AS 1599).

5.3 Determinación por el órgano judicial de instancia y su eventual revisión.

Si bien la determinación de las bases de la indemnización y de la cuantía de esta es función que en términos generales corresponde a los órganos de instancia tras la correspondiente valoración de la prueba, de todas formas puede revisarse en vía de recurso extraordinario cuando se combatan eficazmente las bases, erróneas o insuficientes, en que se apoya la cuantificación o cuando falte la concreción de dichas bases (TS 23-12-2003, RJ 2004; y 24-4-2007, RJ 6371); cuando la cuantía resulte manifiestamente irrazonable, desproporcionada o arbitraria (SSTS 12-12-2005, RJ 2876; y 25-1-2010, RJ 3125); exigiéndose en esos casos razonar sobre ese extremo, sin que resulte suficiente para minorar la cuantía afirmar que no existían en el caso las pautas necesarias para cuantificar el daño dimanante de la violación de los derechos fundamentales (STS 5-2-2013, RJ 3368).

5.4 La referencia a la LISOS para la cuantificación de la indemnización. STC 247/2006, de 24 de julio.

El Tribunal Constitucional a propósito de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), analizó en su sentencia 247/2006, de 24 de julio, la cuestión de la determinación adecuada de una indemnización por vulneración de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

El demandante era un profesor de moral y religión católica, representante sindical activo, al que la Administración canaria traslada de centro sin causa, y de la misma forma injustificada le reduce la jornada y el salario, lo que provoca la instancia por aquel de proceso de tutela de derechos fundamentales.

La demanda inicial, presentada ante el Juzgado de lo Social contenía las siguientes referencias en relación a la indemnización por los daños que se habían ocasionado:

- En el hecho cuarto, tras describir las conductas antisindicales padecidas, se señalaba que *“el sostenimiento de la presente situación, está provocando al actor, daños de toda índole y cuyo origen reside en la condición de delegado de personal y en su actividad sindical en pro del colectivo de profesores de religión y moral católica”*. Añadiendo que *“la Consejería de Educación, Cultura y Deportes es reincidente en su actuación antisindical en contra del actor”*.
- En los fundamentos jurídicos señalaba la demanda: *“Se está provocando al actor daños económicos, morales y de toda índole que deben ser reparados. Ha de considerarse además el carácter reincidente de la Consejería demandada en su conducta antisindical. En función a esta circunstancia y tomando como referencia el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) y normativa concordante, se fija la indemnización en diez millones de pesetas (60.000 €)”*.
- Finalmente en el suplico se solicitaba en el tercer punto: *“La reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluido el abono de una indemnización de diez millones de pesetas (60.000 €) por los perjuicios irreparables ocasionados al actor”*.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas atendiendo a la condición de miembro del comité de empresa del actor, a sus actuaciones en el ámbito de su derecho de libertad sindical, especialmente en la huelga mantenida en el año 2000 en la que integró el comité de huelga y a las conductas discriminatorias de la demandada, impuso el abono de una indemnización por daños morales de cinco millones de pesetas (30.000 €).

Por su parte el Tribunal Superior de Justicia de Canarias mediante sentencia de 26-7-2002 (AS 2981) desestimó el recurso interpuesto por la Consejería condenada y procedió a confirmar la indemnización reconocida en la instancia, afirmando que no era necesario probar que se hubiera producido un perjuicio para que naciera el derecho al resarcimiento, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 9-7-1993 (RJ 4553), que sentaba la automaticidad de la indemnización en tales casos, doctrina que posteriormente fue revisada (esta doctrina como ya se ha expuesto había sido superada por el Tribunal Supremo). Aún así ponderó la sentencia las circunstancias concurrentes al caso, la naturaleza de la lesión y el periodo de tiempo que duró el comportamiento antisindical, que se manifiesta de tres formas distintas, a su carácter de burdo, evidente y ostensible, a su finalidad amedrentadora del actor y del resto del colectivo de trabajadores al

que pertenece, a que el trabajador estuvo trasladado forzosamente de su centro de trabajo, a que ha visto sensiblemente reducidas sus retribuciones y su jornada de trabajo, y a que se le impidió durante meses acudir a las sesiones del comité de empresa, se entiende que la indemnización fijada en la instancia fue adecuada y ajustada a la naturaleza y entidad de los hechos enjuiciados (FJ 6).

Interpuesto por la empleadora pública demandada recurso de casación unificadora ante la Sala IV del Tribunal Supremo, se estima el mismo mediante sentencia de 21-7-2003 (RJ 6941) y se revoca la condena de la indemnización al considerar que no se habían alegado adecuadamente en la demanda las bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justificara suficientemente que la misma correspondía ser aplicada, y que tampoco habían quedado acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pudiera asentar una condena de tal clase.

Presentado recurso de amparo por el representante sindical el Tribunal Constitucional en primer lugar considera que el Tribunal Supremo no se ha extralimitado en su competencia al revisar el pronunciamiento indemnizatorio contenido en las sentencias de instancia y suplicación. A pesar de que el Tribunal Supremo ha venido declarando que es en la sentencia de instancia en la que debe fijarse la indemnización que sirva de reparación a la lesión sufrida, no siendo como regla general, revisable en vía de recurso la cuantía de la indemnización así establecida, salvo en casos de error o desproporción manifiesta; es lo cierto que lo que hace el Tribunal Supremo en la sentencia recurrida no es propiamente revisar la cuantía de la indemnización reconocida, sino determinar si la misma resulta o no procedente, de acuerdo con su propia doctrina, recogida en numerosas resoluciones previas, y resolviendo el recurso de casación para la unificación de la doctrina planteado (FJ 4).

El Tribunal Constitucional considera que el demandante expuso detalladamente en su demanda la conducta antisindical de la que era víctima, quedando acreditado que ha sufrido un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole. Debe entenderse cumplida la exigencia jurisprudencial de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se puede asentar la condena indemnizatoria.

Especialmente reseñable es el reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la toma de referencia para fijar la indemnización,

del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la LISOS, teniendo en cuenta que una conducta empresarial que pudiera estimarse constitutiva de discriminación antisindical constituye una infracción muy grave, de conformidad con el art. 8.2 LISOS, sancionable con multa que, en su grado máximo, puede rebasar con creces la cuantía reclamada por el demandante (art. 40.1 LISOS) (FJ 7).

Concluye el Tribunal Constitucional en considerar que la denegación de cualquier indemnización a un trabajador que ha sufrido por parte de una Administración pública un comportamiento lesivo de su derecho de libertad sindical de la índole, intensidad, reiteración y duración en el tiempo del analizado, limitando los efectos del procedimiento de tutela a la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido (FJ 8).

El Tribunal Supremo ha venido a recoger la doctrina constitucional expuesta al considerar que la referencia para la cuantificación de la indemnización, equivalente a la sanción administrativa correspondiente a infracciones muy graves, tipificadas en el art. 8.12 LISOS, responde a criterios o parámetros suficientes y se encuentra plenamente justificada (STS 18-12-2008, RJ 388; 15-2-2012 – rco 67/2011; 5-2-203 – rcud 89/201; y 17-12-2013 – rco 109/2012).

Aún así se aprecia alguna resistencia en otros Tribunales a aplicar la referencia de la LISOS, al sostener que esta norma tipifica conductas merecedoras de sanción en el ámbito social y regula las correspondientes sanciones pecuniarias, sin que se enjuicie en el proceso de tutela de derechos fundamentales ninguna sanción administrativa, de manera que no hay identidad de razón entre la sanción prevista para una infracción administrativa y el cálculo de la indemnización por daños morales derivados de la violación de un derecho fundamental (SSTSJ Aragón 19-6-2013; y 13-12-2013 – rsupl 594/2013); o concluyendo que al tener las cuantías contenidas en la LISOS una finalidad sancionatoria y no indemnizatoria, la referencia al esta ley no resulta adecuada, decantándose por la aplicación del baremo de indemnización sobre daños y perjuicios causados a personas en accidentes de tráfico, que se prevé en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por RDLeg 8/2004, de 29 de octubre (STSJ Madrid 29-7-2013 – rsupl 340/2013), referencia que la Sala IV del Tribunal Supremo ha considerado adecuada en algún supuesto de fijación de indemnización por vulneración de derechos fundamentales en la reclamación de la extinción de su contrato de trabajo por la vía del artículo 50 ET y solicitud de una indemnización adicional (STS 20-9-2007 – rcud 3326/2006).

Como resulta sorprendente, por inquietante, algún supuesto en el que habiendo quedado acreditado que la empresa impidió con su actuación la posible eficacia de la huelga, que se concretó en dos días en los que el órgano judicial considera que ni se conoce ni se puede sospechar el alcance que la misma hubiera tenido de haberse producido sin interferencia empresarial, en cuanto elemento determinante de un hipotético daño de aquella naturaleza y de la posibilidad de cálculo de la misma para el sindicato convocante, considerando que lo decisivo, en términos de daños morales, que son los que se invocan, que ese daño en cuanto implica un elemento afflictivo de sufrimiento o una privación también en el ámbito de la consideración pública, no puede derivarse del mero hecho de que la empresa interfiriera en dos días de huelga un descrédito para el sindicato susceptible de ser indemnizado (STS 8-6-2011, RJ 5331).

La regulación contenida en la LISOS sobre infracciones laborales en materia de relaciones colectivas, como referencia para la estimación y cuantificación de la indemnización reclamada, califica las mismas como:

- Graves (art. 7 LISOS): Señaladamente la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales (art. 7.7); la transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores y de las secciones sindicales en materia de crédito de horas retribuidas y locales adecuados para el desarrollo de sus actividades, así como de tabloneros de anuncios (art. 7.8); la vulneración de los derechos de las secciones sindicales en orden a la recaudación de cuotas, distribución y recepción de información sindical (art. 7.9); ausencia de información a los representantes legales de los trabajadores al no disponer la empresa principal del libro registro de las empresas contratistas o subcontratistas que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo (art. 7.12); y no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el ET o el convenio colectivo que sea de aplicación (art. 8.13).
- Muy graves (art. 8 LISOS): Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de reunión de los trabajadores, de sus representantes y de las secciones sindicales (art. 8.5); la vulneración del derecho de acceso y asistencia y acceso a los centros de trabajo de los cargos sindicales de los sindicatos más representativos, en los términos del art. 9.1.c) LOLS (art. 8.6); la transgresión de los deberes materiales de colaboración que impongan al empresario las normas reguladoras de los procesos electorales a representantes de los trabajadores (art.

8.7); la transgresión de las cláusulas normativas sobre materia sindical establecidas en los convenios colectivos (art. 8.8); la negativa del empresario a la reapertura del centro de trabajo en el plazo establecido, cuando fuera requerida por la autoridad laboral competente en los casos de cierre patronal (art. 8.9); y 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 en el ordenamiento (art. 8.10); las decisiones unilaterales de la empresa discriminatorias, señaladamente por adhesión o no a sindicatos (art. 8.12 y 13 bis).

- Sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas se tipifican las infracciones graves y muy graves en los arts. 9 y 10 bis LISOS.

Las cuantías vigentes de las sanciones o multas que fija la LISOS en materia de relaciones laborales (art. 40) son las siguientes:

- Infracciones graves: multas de 626 a 1.250 € (grado mínimo); de 1.251 a 3.125 € (grado medio); y de 3.126 a 6.250 € (grado máximo).
- Infracciones muy graves: multas de 6.251 a 25.000 € (grado mínimo); de 25.001 a 100.005 € (grado medio); y de 100.006 a 187.515 € (grado máximo).

Sobre los criterios de graduación de las sanciones siguiente el artículo 39 LISOS establece: Se atenderá a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores afectados, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que pueden agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida.

5. 5 El efecto disuasorio de la condena indemnizatoria.

La regulación sobre indemnizaciones por vulneración de derechos que contienen las normas del Derecho Social Comunitario, en concreto las Directivas antidiscriminatorias, como medida de protección y defensa de los derechos fundamentales, establece obligaciones de reparación real y efectiva, de manera disuasoria y proporcional; como se contiene señaladamente en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, del Parlamento europeo y del Consejo de la Unión Europea (artículo 18). El artículo 183.2 LRJS al exigir que el órgano judicial se

pronuncie sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, apunta en esta misma dirección.

Se ha dicho que los sistemas legales europeos experimentan una convergencia, más allá incluso de las normas de armonización comunitarias por lo que es útil recordar que en el sistema inglés se aplican además de los daños compensatorios estrictos, en casos de extrema gravedad o de difícil prueba, y con el fin disuasorio de la reproducción de comportamientos semejantes, los denominados daños punitivos (FOLGUERA CRESPO).

La referencia a las cuantías de las multas fijadas en la LISOS podría en este sentido considerarse supuesto de aplicación adecuada de la previsión contenida en la normativa comunitaria.

Algún pronunciamiento ha tenido en cuenta el efecto disuasorio de la condena de indemnización, aunque de manera muy tímida y limitada, por cuanto acreditado en algún caso un daño moral grave, cuyo resarcimiento se reconoce que no es fácil de concretar, pero que se considera razonable cuantificar en 12.000 €, se dice que tal cifra es adecuada se dice para resarcir el daño y también resulta ponderada para prevenir malas prácticas en el futuro (SAN 27-7-2012 – proc. 131/2012).

5.6 Otras compensaciones no dinerarias.

Resulta posible pretender como resarcimiento de los daños ocasionados la imposición de un obligación de hacer; principalmente la publicidad de la resolución dictada en la que consta la conducta denunciada y su consideración como vulneradora de derechos.

La conducta empresarial de negar la condición de huelguistas a los liberados sindicales, bajo el pretexto de que están eximidos de prestar servicios en su puesto de trabajo, constituye un acto contrario al derecho de huelga, y la publicación de la sentencia dictada en todos los tablones de la empresa se ha considerado suficiente, cuando así se ha pedido expresamente, pero se desestima la reclamación de indemnización articulada por el sindicato demandante, que cifró en 13.000 €, a razón de 1.000 € por cada uno de los liberados sindicales con los que cuenta en la empresa. Las razones que motivaron la desestimación de la indemnización son resumidamente: a/ el sindicato no actúa en representación de sus afiliados ni reclama para ellos indemnización, por lo que el posible perjuicio que aquellos pudieron sufrir como simples titulares del

derecho individual de huelga queda al margen de este proceso; b/ no se ha probado que la decisión de la empresa produjera un mínimo efecto disuasorio entre sus trabajadores; y c/ no se observa otro perjuicio que el momentáneo estupor que pudo causar en el colectivo laboral el contenido epistolar de la respuesta patronal, y éste queda cumplidamente despejado con la condena de la empresa a publicar en todos los tabloneros de anuncios de sus centros de trabajo la sentencia recaída (TS 6-4-2004; RJ 5150).

En algunos supuestos la concreción de la condena llega a un grado de detalle encomiable: *“Se condena a la demandada EITB a proceder a la lectura del texto que luego se dirá, en los términos siguientes : la lectura se hará en la lengua correspondiente a la emisión ordinaria en cada programa informativo de todos los canales de EITB y en cada programa de los emitidos por EITB el día 27 de enero de 2011, esto es, EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO; dicha lectura se hará el domingo en los programas informativos en sentido estricto, y el jueves en, los programas indebidamente emitidos el día de la huelga de referencia (EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO), en ambos casos en la fecha más próxima a la de la notificación de la firmeza de la presente Sentencia. La lectura se realizará del siguiente modo : a) en los titulares, entrada carátula o similar de cada programa referido se anunciará, como primera noticia o titular, lo siguiente : "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha dictado Sentencia estimando la demanda presentada por las Centrales Sindicales ELA y LAB y ha declarado que EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho de huelga al emitir determinada programación el día 27 de enero de 2011, condenando a esta empresa a leer públicamente el texto que luego se dará a conocer" b/ "posteriormente, finalizados los titulares o entrada, se procederá, como primera noticia del programa, a dar lectura al tenor literal del texto siguiente: "La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha dictado Sentencia, confirmada parcialmente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la que se condena a EUSKAL TELEBISTA, S.A. a la lectura del siguiente texto: En el procedimiento de demanda de tutela de derechos fundamentales número 30/2011, seguida a instancias de las Centrales Sindicales ELA y LAB, se ha dictado Sentencia en la que se estiman parcialmente las demandas interpuestas por dichas Centrales Sindicales LAB y ELA frente a la empresa EUSKAL TELEBISTA, S.A, en materia de tutela de derechos fundamentales, y se ha declarado que la demandada EUSKAL TELEBISTA, S.A. vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes en el marco de la huelga general convocada para el día 27 de enero de 2011, vulneración que se produjo al incluir en la programación de esa jornada los programas EGUN ON EUSKADI y EUSKADI DIRECTO, dado que la emisión de estos programas rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de*

Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual" (STS 5-12-2012 – rcud 265/2011, relevante asimismo al establecer nueva doctrina sobre el denominado "esquirolaje electrónico").

En algún supuesto se ha condenado a la empresa a remitir por correo electrónico el contenido de la sentencia condenatoria, cuando la propia empresa hubiera a su vez remitido un comunicado por correo electrónico, a través de un máximo representante del grupo empresarial y a todos los trabajadores, la víspera de la huelga convocada, advirtiéndoles, entre otros extremos, que de aceptar las exigencias de los sindicatos " *haría que los bancos cancelaran las pólizas de crédito, lo que haría inviable la compañía*", que la huelga " *supondrá la cancelación de algún contrato, y el correspondiente despido de las personas involucradas* ", que " *si mañana la huelga tiene seguimiento, es del todo seguro que alguno (o algunos) de nuestros clientes decidirá buscar otro proveedor para sus servicios, y también lo es que eso nos obligará a tomar medidas traumáticas, como el despido de las personas dedicadas a la prestación de dichos servicios. Eso no es una amenaza sino tan solo es el adelanto de lo que va a ocurrir si la huelga es secundada* " y que " *La primera opción es asumir las consecuencias de las huelgas. La segunda es aceptar la imposición de los sindicatos, y llevar la Compañía a pérdidas. Las consecuencias de la primera decisión, es decir, asumir el calendario de huelgas, tendría como efecto inmediato la cancelación de contratos de servicio por parte de algunos de nuestros clientes. Cuando eso se produzca, y creedme, se producirá seguro (algunos nos amenazaron en el paro de hace unos días), tendremos que despedir a todas las personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes. Esto es un hecho seguro, cierto e innegociable* "; que se consideró conducta vulneradora del derecho de huelga (STS 12-2-2013 – rco 254/2011).

Bernardo García Rodríguez

abogado