

Area de Estudios Jurídicos Sociolaborales

# OBSERVATORIO

## JURÍDICO SOCIOLABORAL

---

2010  
OCTUBRE  
05

**Derecho de Huelga:**  
Aspectos conflictivos en la fijación de servicios mínimos, de seguridad y mantenimiento.

Martín Gualda Alcalá  
Gabinete Estudios Jurídicos CC.OO.

### Novedades

EN LA DOCTRINA JUDICIAL EN MATERIA  
LABORAL

**OBSERVATORIO JURIDICO SOCIOLABORAL**

Director: José Luis Alvarez Rodríguez



Fundación 1º de Mayo | Centro Sindical de Estudios  
C/ Arenal, 11. 28013 Madrid. Tel.: 913640601. Fax: 913640838  
[www.1mayo.ccoo.es](http://www.1mayo.ccoo.es) | [1mayo@1mayo.ccoo.es](mailto:1mayo@1mayo.ccoo.es)

Observatorio Jurídico Sociolaboral. ISSN 1989-4465

## PRESENTACIÓN

En el resumen de sentencias del presente número del Observatorio Jurídico destaca por su actualidad la dictada por el Tribunal Supremo el 30-10-2010 sobre las consecuencias del incumplimiento por la empresa de los requisitos formales establecidos para el despido objetivo por el art. 53 del Estatuto de los Trabajadores anterior a la modificación introducida por la reciente reforma laboral. En esta sentencia, el Tribunal Supremo declara la nulidad del despido del que fue objeto el trabajador por insuficiencia en el cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos legalmente establecidos, a pesar de que la empresa había reconocido la improcedencia del mismo y depositado en el Juzgado el importe de la indemnización.

En el ámbito de la libertad sindical, se reseñan entre otras, dos interesantes sentencias, también del Tribunal Supremo, una sobre el derecho de información de los sindicatos a conocer los planes de futuro de la empresa sobre la organización y estructura de su personal y otra sobre la garantía de indemnidad retributiva de los representantes de los trabajadores.

Asimismo, se da cuenta de otras sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia, sobre diversas cuestiones como incapacidad temporal, jubilación parcial, vacaciones, despidos, sucesión empresarial, libertad sindical, riesgo durante el embarazo, acoso por razón de sexo.

Este Observatorio contiene también el estudio sobre “*Derecho de huelga: Aspectos conflictivos en la fijación de Servicios Mínimos, de Seguridad y Mantenimiento*” del que es autor Martín Gualda Alcalá, del Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO., tema espinoso del que mucho se ha hablado y exagerado en los últimos meses. La importancia del mismo destaca, además de por su máxima actualidad, porque en él se aborda y desmenuza con rigor y prolija cita de sentencias los aspectos conflictivos de este importante derecho social.

Como otros derechos sociales, el de huelga ha sido conseguido tras un largo período histórico de luchas de la clase trabajadora y sus organizaciones, período en el que ha habido diversas fases de *criminalización* de la huelga, como la establecida inicialmente en el Código Penal de 1822 y reiteradas en los de 1848, 1870 y 1928; de *tolerancia* con reparos, en la Ley de coligación, huelga y paros de 1909, y de *reconocimiento*, como el establecido por la Constitución de la II República; para seguidamente retroceder, en la larga noche de la dictadura franquista a la fase de criminalización, al haberse tipificado como delito de sedición la huelga de los obreros en el Código Penal de 1944.

No es hasta la Constitución de 1978 en que la huelga obtiene la categoría de derecho fundamental como genuino derecho social y como instrumento al servicio de los trabajadores, no solamente en su cualidad de tales, sino como ciudadanos-trabajadores para luchar por sus derechos sociales de educación, sanidad, vivienda, Seguridad Social entre otros, además claro está, para conseguir sus reivindicaciones laborales.

Para evitar o al menos limitar ampliamente el ejercicio de este derecho social se han conjurado los neoliberales que para esconder las consecuencias del fracaso de sus políticas, además de criminalizar mediáticamente a los huelguistas y a los sindicatos, han decidido intensificar su presión contra los derechos de los trabajadores y para ello actúan sobre los denominados servicios esenciales, ensanchándolos, con el objetivo de ha-

cer inviable la huelga y con ello imposibilitar la oposición a sus políticas de recorte de derechos..

Ante el ataque que el derecho de huelga está sufriendo por parte de la patronal, los partidos de la derecha y los medios de comunicación -salvo honrosas excepciones- con acompañamientos nada disimulados de personajes de otros espacios ideológicos, se hace más necesario que nunca el conocimiento del estado de la cuestión en el ámbito judicial. Hay que estudiar en profundidad el régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales; por ello tenemos que llegar al fondo para saber cómo los denominados servicios esenciales se están ampliando y utilizando torticeramente para imponer una limitación que de facto anula tan importante derecho fundamental y con ello se reduce la capacidad de los trabajadores para hacer frente a las políticas restrictivas y antisociales impulsadas por el neoliberalismo. El derecho fundamental de huelga es un inalienable derecho social que permite a los trabajadores usarlo como instrumento de presión no sólo frenar esas políticas sino reivindicar la aplicación de políticas de igualdad. Por ello, es pertinente la lectura del trabajo de Martín Gualda. ♦

# DERECHO DE HUELGA: Aspectos conflictivos en la fijación de servicios mínimos, de seguridad y mantenimiento.

Martín Gualda Alcalá

Gabinete Estudios Jurídicos CC.OO. | 24-Septiembre 2010

## SUMARIO:

- I. La definición de los servicios esenciales a la comunidad, como límite al ejercicio del derecho de huelga.
- II. La motivación de la resolución administrativa.
- III. Los criterios de cuantificación de los servicios mínimos.
- IV. La fijación abusiva de los servicios mínimos y acciones de tutela del derecho de huelga.
- V. El despido de trabajadores que incumplen los servicios mínimos.
- VI. Suspensión cautelar de los servicios mínimos.
- VII. Servicios de seguridad y mantenimiento.

## Presentación:

La huelga es un derecho fundamental de los trabajadores amparado y reconocido por el art. 28.2 CE. De conformidad con su desarrollo en la legalidad ordinaria, contenida en el Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977, depurado por la STC de 8 de abril de 1981, el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturaleza de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar. El art. 10.2 del citado Real Decreto-ley señala que cuando la huelga se declara en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios, El Gobierno asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas.

Sin embargo, es lo cierto que el concepto de servicio esencial para la comunidad constituye un ejemplo típico de concepto jurídico indeterminado, que se ha intentado perfilar por el Tribunal Constitucional.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, entendiendo que los bienes e intereses protegidos deben ser los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, de tal manera que se hace imprescindible ponderar las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, así como las necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute, de manera que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales (SSTC 11/81, 26/81 de 17 de julio, 33/81, 51/86, 53/86 de 5 de mayo, 27/89, 43/90 de 15 de marzo, 8/92 de 16 de enero, 148/93 de 29 de abril).

Por ello, y en la medida en que no resulta factible formalizar una enumeración exhaustiva acerca de cuáles han de ser los servicios esenciales que deben mantenerse en cada caso, el Tribunal Constitucional resuelve cada caso respecto de cada uno de los supuestos especiales que se le plantean a través de los correspondientes recursos de amparo.

El objeto de este estudio es poner en evidencia los principales criterios que se viene manejando en nuestro sistema de relaciones laborales para fijar los servicios esenciales, así como los servicios de seguridad y mantenimiento, la capacidad que tienen para limitar el ejercicio del derecho fundamental de huelga y el marco en el que se desarrolla la tutela judicial para ponderar las restricciones arbitrarias que, por esa vía, se pueden cometer.

## **I. La definición de los servicios esenciales a la comunidad, como límite al ejercicio del derecho de huelga.**

**Primero.** El RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo prevé en su artículo 10 punto 2 que *«cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida o inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas»*

Así, se regula la posibilidad de que la autoridad gubernativa adopte las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios, cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de un servicio público o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad.

Esta regulación, y su utilización abusiva por los poderes públicos, ha sido muy cuestionada y ha dado lugar a procesos judiciales en torno al establecimiento e imposición de servicios mínimos, y aunque no ha sido declarada inconstitucional, la doctrina constitucional sí ha dispuesto que debe ser interpretada a la luz de lo establecido en el artículo 28.2 de la Constitución que sólo contempla asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad y no de cualquier servicio público, entendiendo por servicios esenciales a la comunidad aquellos que cubran derechos o bienes constitucionalmente protegidos y en la medida y con la intensidad que los satisfagan.

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 junio 2010 Proc. 97/2010**, recuerda la doctrina constitucional sobre el concepto de servicios esenciales para la comunidad como límite al ejercicio del derecho fundamental de huelga, señalando ex-

presamente que “...habiéndose entendido por la doctrina constitucional en sentencias 26/1981, 53/1986, 8/1992 y 183/2006 entre otras, que la noción de servicios esenciales es material, de manera que no puede identificarse mecánicamente con servicios públicos, ni menos aún, con aquéllos prestados por la Administración, ya que ni todos los servicios públicos son esenciales, ni los servicios prestados por particulares quedan excluidos necesariamente del carácter esencial. –Se ha entendido, por tanto, que el servicio esencial, a efectos del art. 28.2 CE, es toda actividad, pública o privada, de prestación de servicios al público, cuya interrupción puede ocasionar graves perjuicios, sobre todos los bienes constitucionalmente protegidos, como la vida, la salud, la propiedad, las comunicaciones, la libre circulación, etc.”

De conformidad con lo establecido en el art. 28.2 de la Constitución, el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad es la única limitación que puede imponerse al derecho de los trabajadores a la hora de declararse en huelga.

Es ilustrativo la recepción que las organizaciones sindicales han hecho de la doctrina sobre los servicios esenciales a la comunidad. En este sentido, los Criterios de Comisiones Obreras y UGT ante la fijación de Servicios mínimos en los servicios esenciales para la comunidad, para la Huelga General del 20 de Junio de 2002, fijados en su día y que en su punto cuarto establecían:

*“4) Existe ya una clara determinación de lo que son (y de lo que no son) servicios esenciales para la comunidad:*

*El Comité de Libertad Sindical de la OIT, al igual que la doctrina del Tribunal Constitucional, han considerado servicios esenciales para la comunidad aquellos dirigidos a garantizar la vida, la salud y la seguridad de las personas. UGT y Comisiones Obreras partimos de estos criterios básicos para la determinación y tratamiento de los servicios esenciales para la comunidad.*

*De acuerdo con la jurisprudencia, ninguna actividad puede a priori ser considerada en si misma como servicio esencial. Para ello es preciso tener en cuenta las características concretas de la huelga, examinando en cada caso las circunstancias concurrentes.*

*Debe tenerse muy en cuenta que la duración de la huelga convocada es de 24 horas. Que su carácter es el de una huelga general para todo el país. Y que sus objetivos y motivaciones se refieren a cuestiones que afectan al conjunto de los trabajadores, y atañen a toda la sociedad española.*

*De acuerdo con ello, debe entenderse que el ejercicio del derecho fundamental de huelga debe primar sobre cualesquiera otras consideraciones, salvo las que se refieran a la garantía de otros derechos igualmente fundamentales o a la prestación de servicios realmente esenciales. Y aún en esos casos debe tenerse muy en cuenta que se trata solamente de un día de duración, por lo que la garantía de derechos fundamentales que se limiten a un lapso temporal de esta naturaleza debe ceder ante el derecho de huelga (v.g. el derecho a la educación).*

*Es, por ejemplo, de sentido común que cualquier servicio que no se preste los días festivos, o cuya prestación quede reducida en los mismos, no puede en ningún caso primar sobre el derecho fundamental de huelga.*

*Conceptos genéricos manejados en ocasiones como “garantizar la normalidad” y la “prestación regular” son absolutamente inadecuados e impropios en este caso, y esconden una nítida pretensión de conculcar el derecho fundamental de huelga.*

*El derecho a trabajar, que las organizaciones convocantes respetan plenamente,*

*no puede en ningún caso amparar formulaciones de servicios mínimos que impidan o restrinjan el derecho fundamental de huelga.”*

Esto es relevante de forma particular, dada la obligación de negociar, que no de acuerdo, que tiene la fijación de los servicios esenciales, al margen de la mera unilateralidad de la autoridad gubernativa.

## II. La motivación de la resolución administrativa.

Con relación a la capacidad para imponer los servicios mínimos, significar que esta medida debe ser adoptada por el Gobierno o por órgano que ejerza potestad de gobierno, y la privación u obstaculización de un derecho constitucional como el de huelga es responsabilidad política y ha de ser residenciada por cauces políticos (**STC 26/1981**).

En todo caso, la autoridad pública debe de motivar todos sus actos y especialmente aquellos que afecten y limiten derechos fundamentales; ha de ser una motivación seria y rigurosa la que determine el nivel de actividad a mantener ante cada huelga, y esta explicación ha de realizarse al hacer público el acto de imposición; los destinatarios han de conocer las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó.

Por lo que es inaceptable el que se pueda consignar el que resulte necesaria la prestación de los servicios públicos como única justificación para la imposición de servicios mínimos, pues la autoridad gubernativa ha de exteriorizar los motivos sobre la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado, siendo insuficientes a este propósito las indicaciones genéricas que puedan predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepan inferir criterios para enjuiciar la ordenación y la proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone. En este sentido se manifiestan las **Sentencias de Tribunal Constitucional 8/1992, de 16 de enero; 27/1989, 51/1986; 53/1986, 33/1981, de 5 de noviembre; 11/1981, de 8 de abril y 26/1981, de 17 de julio.**

La doctrina jurisprudencial sobre la fijación de los servicios mínimos limita las facultades de la autoridad gubernativa, o como en este caso, del Gobierno, exigiendo una concreción individualizada en el caso concreto de los motivos que fundan la restricción del derecho de huelga, sin que puedan valer formulaciones genéricas o estereotipadas. Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 19 Abril 2004 (Rec. Derechos Fundamentales 172/2002)**, que declaró la vulneración del derecho de huelga en relación con la fijación de los servicios mínimos en TVE por el RD 1288/2002, de 5 de diciembre, al contener una motivación estereotipada, sin considerar las circunstancias concretas de la huelga.

Considera el Tribunal Supremo que la motivación de los servicios esenciales para la comunidad, que se configura como una restricción al derecho de huelga, “ha de considerar las circunstancias específicas de cada convocatoria de huelga y razonar a partir de ella las medidas de aseguramiento de los servicios esenciales que se imponen, las cuales, por lo demás, han de ser proporcionadas”.

La **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 7ª) de 28 septiembre**

**2001, Rec. Casación 4662/97** analiza los límites de la fijación de los servicios mínimos por la autoridad gubernativa, y la concreción del deber de motivación de tales servicios que tiene que extenderse: a) la calificación como esenciales de los servicios, b) los criterios para fijar los servicios mínimos y c) los criterios para fijar el número de trabajadores necesarios para atenderlos.

### III. Los criterios de cuantificación de los servicios mínimos.

La doctrina judicial ha corregido en numerosos supuestos los abusos en la fijación de los servicios mínimos en caso de huelga, dejando en evidencia que la mera afectación a un servicio público no es determinante de que los servicios mínimos siempre estén justificados cuando existen otras vías para atender las necesidades que presenta el ciudadano. También es relevante llamar la atención sobre la modalidad procesal por la que se cuestiona la actuación administrativa, como es la vía especial contencioso-administrativa de tutela de derechos fundamentales.

En este punto, podemos dar cuenta del criterio seguido en la **Sentencia del TSJ Madrid (Contencioso) 6 Junio 2007, Rec. 1070/06**, en relación con los servicios mínimos en una huelga convocada en una Televisión Autonómica.

En este caso, ante la convocatoria de huelga formulada por CC.OO. y UGT en TeleMadrid para el día 5-12-2006, por parte de la Consejería de Empleo y Economía se consideraron servicios esenciales la totalidad de la programación informativa, la programación grabada y la continuidad de la emisión, lo que priva de significado práctico a la huelga. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, por la vía procesal especial de tutela de derechos fundamentales, se invocó la doctrina fijada por la STS (3ª) 16-05-2005 para un caso similar, reclamando el sindicato accionante la declaración de vulneración del derecho de huelga y una compensación económica.

Parte el TSJ de considerar que, ciertamente, la Televisión se configura como un servicio público esencial, como vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de información a la opinión pública. Pero ello no puede justificar la adopción de servicios mínimos dado que la huelga afecta a la televisión de la Comunidad de Madrid, que concurre con otras cadenas de televisión y radiodifusión, y la duración de la huelga es de sólo veinticuatro horas, de modo que no quedaría justificado, desde la perspectiva del derecho fundamental de huelga, el establecimiento de servicios mínimos de clase alguna. La concurrencia con otras cadenas televisivas de ámbito nacional –gratuitas- no privan al ciudadano de esta Comunidad del derecho de información, ni de otras alternativas que las referidas cadenas también ofrecen.

También en relación con una huelga convocada en el sector de televisión, destaca la **Sentencia del Tribunal Supremo (3ª, Sección 7ª) 28 Septiembre 2001. Rec. Casación 4662/97**. En este caso, en el ámbito de la Televisión de Cataluña y de Cataluña Radio se convocó una huelga para el día 11-12-1996, y por Orden de la Consejería de Trabajo de la Generalitat Catalana de fijaron los servicios esenciales. Esta sentencia reclama un rigor especial a la autoridad gubernativa para justificar la causa de los servicios impuestos a los huelguistas desde una triple perspectiva: a) exige que consten los criterios para calificar una determinada actividad como servicio esencial para la comunidad pues, salvo excepciones, no caben formulas generales; b) las razones para establecer un concreto nivel de servicios mínimos, sin que sea suficiente una califica-

ción genérica de que todos son precisos pues son esenciales para la comunidad y c) los criterios para fijar el número de trabajadores que tendrán que desempeñar tales servicios mínimos. Si faltan estos elementos en la Resolución, los huelguistas carecen de la posibilidad real de defenderse ante los Tribunales y por tanto la decisión administrativa es lesiva del derecho de huelga como así sucedía en este caso.

De esta forma, se establecen los requisitos a la hora de fijar los servicios mínimos para la comunidad en caso de huelga, que permite un control judicial de las decisiones administrativas y que suelen omitir criterios razonados sobre los extremos exigidos por la jurisprudencia que hemos visto<sup>1</sup>.

#### **IV. La fijación abusiva de los servicios mínimos y acciones de tutela del derecho de huelga.**

**Primero.** La anulación de los servicios mínimos puede determinar la obligación de la Administración que los ha fijado de hacer frente a la reparación de los daños y perjuicios generados. Ello se puede hacer a través de dos procedimientos:

- 1.- En el propio proceso que ha anulado los servicios mínimos, instando el restablecimiento de la situación jurídica individualizada generada por la anulación del acto –arts. 31.2 y 71.1.b) LJ-, lo que es igualmente aplicable en el caso de haber utilizado el proceso especial de tutela de derechos fundamentales –art. 114.1 y 2 LJ-.
- 2.- A través de una demanda específica de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación del acto objeto del anterior proceso, en cuyo caso el plazo de prescripción comienza desde la sentencia que lo anula –art. 142.4 Ley 30/1992, RJA-PAC.

**Segundo.** La legitimación corresponde a los sujetos que han sufrido los perjuicios.

Se trata de una cuestión que ha tenido en ocasiones rechazo en el ámbito judicial, por cuanto se precisa una específica justificación del perjuicio que ha sufrido la organización sindical convocante de la huelga para poder reclamar su resarcimiento.

En este punto podemos señalar los siguientes criterios.

En el ámbito contencioso, la **STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 29 enero 1996 (RJ 1996\1309)** tras anular los servicios mínimos, rechaza la pretensión del sindicato al negar que tenga legitimación para solicitar dicha reparación, dado que, dice: *“Debemos, sin embargo, referirnos a la pretensión de indemnización que, sin previa argumentación, se postula en el suplico de la demanda, «por los daños y perjuicios irrogados al personal requerido para prestar servicios con ocasión de la huelga, con arreglo al parámetro que dispone el importe de un día de haber», pretensión que debe ser rechazada pues al constituir dicha indemnización un derecho subjetivo de los interesados, debe ser solicitada por éstos y no por la entidad sindical actora”*. Con ello reconoce la legitimación de los trabajadores individuales, y rechaza la pretensión sindical no sólo por no motivarla, sino por haberla justificado por los daños sufridos por el personal requerido para prestar servicios, lo que hace que el TS rechace la legitimación del sindicato para reclamar tales daños.

Sin embargo, no se puede negar la legitimación al Sindicato junto a los trabajadores como así ha reconocido la propia doctrina judicial que luego se citará. Al respecto podemos decir lo siguiente:

1.- En primer lugar, el propio sindicato convocante, que ha visto lesionado su derecho fundamental a la convocatoria de huelga al ver limitados sus efectos de forma arbitraria e injustificada, toda vez que los servicios mínimos así fijados han restado efectividad al paro obrero, y han impedido que la huelga pudiera tener un seguimiento mayor, no sólo por impedir que los trabajadores afectados por los servicios mínimos se sumen a la huelga, sino por disuadir a muchos otros a seguirla en la medida que la misma no podría tener efectividad práctica sobre la empresa.

2.- En segundo lugar, los trabajadores que han secundado la huelga, en la medida que han visto como el sacrificio que hacían, al perder el salario correspondiente, no determinaba una acción sindical eficaz al restringir de forma arbitraria los efectos de la huelga sobre la empresa.

3.- Y del mismo modo los trabajadores que fueron adscritos a los servicios mínimos, que han visto limitado el ejercicio de un derecho fundamental mediante la imposición arbitraria e injusta de una obligación de prestar servicios, y una prohibición de sumarse a la huelga, carente de justificación.

**Tercero.** La cuantificación de los perjuicios.

En realidad, el problema de la legitimación se identifica con la justificación de los perjuicios sufridos, y más en concreto, lo más complejo de esta materia son los criterios para fijar la cuantificación de los daños sufridos, lo que dependerá de los distintos sujetos que han sido perjudicados y las distintas clases de daños que se invoquen.

*a) La doctrina judicial.*

En primer lugar, conviene dejar claro que la presunción de que la lesión del derecho fundamental determina la existencia de unos perjuicios ha sido matizada por la doctrina jurisprudencial, que exige a la parte que los reclama la fijación de las bases con arreglo a los cuales se pueden cuantificar.

Así se recoge en la **STS (Sala de lo Social, Sección 1) de 6 abril 2009 (Rcud. 191/2008)**, según la cual parte del carácter no automático, sino sometido a alegación y prueba, de la indemnización prevista en el art. 180.1 LPL ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 22 de julio de 1996 (RJ 1996, 6381) (Rec. 3780/95) y reconoce que el TC deja a salvo la exigencia jurisprudencial de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria.

Su aplicación práctica es muy discutible, pues cuestiona que ante la lesión de un derecho fundamental como es el de huelga, que se tenga que acreditar el daño moral, cuando la propia limitación del derecho fundamental genera ese daño de forma directa, como había declarado la STC 247/2006.

Sin embargo, en cuanto al alcance del daño moral y la necesidad de su cuantificación, podemos señalar que cosa distinta es la concreción en el caso de la extensión de ese daño, y los criterios para justificar hasta donde se ha limitado la eficacia del derecho de huelga, lo que ciertamente, si que es una carga para el actor. Ciertamente, el daño moral generado no se puede determinar de forma apriorística y sin el análisis de las circunstancias del caso, lo que es una carga para el demandante, que si no lo hace, no puede pretender que la cuantificación se fije de forma automática y basada en la presunción de un daño sobre el que no existen bases sobre su real alcance. En definitiva, se exige fijar las bases para la cuantificación de tales daños, que dependerán sobre todo, de con que alcance se ha menoscabado el derecho de huelga en el caso concreto, ante la va-

riedad de comportamientos que lo pueden lesionar y la variedad del grado de incidencia que puede haber sufrido ese derecho.

En la doctrina judicial se puede observar estos criterios, tomando como obligado punto de referencia que el importe de la cantidad fijada en cada caso dependía tanto de las concretas circunstancias concurrentes en cada uno de ellos como de la mayor o menor intensidad probatoria sobre la realidad de los perjuicios ocasionados.

Igualmente, consideramos que a los efectos de fijación del quantum indemnizatorio pueden resultar de interés los pronunciamientos en los que ha sido declarado la vulneración del derecho fundamental de huelga por privar de efectos a la huelga convocada, como sucede en los casos en los que la empresa procede a la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la misma empresa o por otros contratados ex profeso, o cuando tal finalidad la consigue por otros mecanismos de gestión empresarial (desviación de pedidos a otras empresas...).

Por su parte, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8-5-95 (Arz. 3752) (AL 95-3, 1527** -acompaña comentario-) vino a declarar que constituía atentado al derecho fundamental de huelga la conducta observada por la empresa consistente en sustituir a los trabajadores en huelga por otros no participantes en la misma y que se hallaban anteriormente vinculados con aquélla, estando destinados en el mismo centro de trabajo que los huelguistas. La sentencia fija una indemnización de 500.000 ptas. como resarcimiento del daño moral producido, aun cuando también es cierto que la cuantía no fue objeto de impugnación por parte de la empresa demandada.

Sobre el particular, destaca la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 6-11-2007 Rec. 3411/2007**, que declaró la vulneración del derecho de huelga ante la imposibilidad de su ejercicio durante varios días a consecuencia de la decisión empresarial de imponer la realización de determinadas actividades necesarias para la realización de los servicios mínimos al trabajador encargado de la gestión de una determinada Estación. Condenó a la empleadora a abonar una indemnización de daños y perjuicios de 30.000 euros (3.000 euros por cada uno de los diez días en que no pudo realizarse la huelga), señalando que para la cuantificación de la indemnización se puede tomar como criterio orientativo el importe de las sanciones previstas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en cuyo artículo 40.1.c) se prevé que las faltas muy graves pueden ser sancionadas con una multa que oscila entre los 6.251 euros y los 187.515 euros.

En este contexto, puede resultar de interés la **STSJ de Andalucía /Sevilla de 4-5-99 (Arz. 2687)**, en procedimiento de tutela de la libertad sindical seguido frente a RENFE, en un supuesto en que se denunciaba la vulneración del derecho de huelga por haber sustituido a trabajadores en huelga por personal de áreas diferentes y diferente categoría, fijando una indemnización de 250.000 pesetas.

Por su parte, la **STSJ de Cantabria de 26-7-99 (Arz. 3506)** fijó igualmente una condena a la empresa de 250.000 pesetas, consistiendo su proceder en la adscripción de la totalidad de los trabajadores de la misma a la realización de servicios mínimos, con la única excepción de los miembros del Comité de Huelga, puesto que el resto de trabajadores estaba en situación de vacaciones. En todo caso, interesa destacar que la sentencia revoca en este punto la dictada en la instancia, que no había concedido indemnización alguna por no haberse fijado en la demanda las bases para su cálculo; por el contrario, la Sala hace referencia a la doctrina de la STS de 9-6-93 conforme a la cual se presume la existencia del daño tras la acreditación de la vulneración del derecho fundamental, por lo que no resultaba necesaria la realidad del perjuicio producido<sup>2</sup>.

b) *La concreción de los perjuicios.*

1.- EL SINDICATO CONVOCANTE.

La revocación de los servicios mínimos determina unos perjuicios que pueden variar en cada caso en función de cómo han lesionado al derecho de huelga, y sobre todo, con que alcance han limitado el ejercicio del derecho fundamental.

Desde este punto de vista, si los servicios mínimos no han impedido la efectividad de la huelga, ni que la parte sustancial de los trabajadores convocados la secundaran, y la huelga ha cubierto los objetivos que pretendía, la revocación puede no haber ocasionado perjuicios relevantes al sindicato convocante, aunque si, en todo caso, un daño moral pero de cuantificación de escasa relevancia, y determinados daños emergentes que se puedan justificar.

Habría que acreditar que los servicios mínimos no sólo son inmotivados, sino desproporcionados, y que han afectado al ejercicio del derecho de huelga en la medida que han impedido que la huelga sea secundada o que tenga efectos sobre la entidad empleadora, eliminando la efectividad del derecho fundamental.

Los perjuicios sufridos por el sindicato se pueden cuantificar con arreglo a los siguientes criterios, tomando los daños que ha sufrido el propio sindicato, dejando al margen los que ha sufrido la plantilla:

a) Cuantificación del daño moral, que trata de compensar los siguientes perjuicios:

- La limitación arbitraria del ejercicio del derecho fundamental de huelga.
- El menoscabo en la posición reivindicativa del sindicato ante los trabajadores, al llamarlos a una movilización que les supone sacrificios sin efectividad en todo o en parte y la consiguiente pérdida de su imagen ante los trabajadores

Para llevar a cabo esa compensación, se pueden utilizar estos criterios:

- En primer lugar, tomando el referente expresado de las sanciones previstas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en cuyo artículo 40.1.c) se prevé que las faltas muy graves pueden ser sancionadas con una multa que oscila entre los 6.251 euros y los 187.515 euros. Sobre esta base se puede fijar la cuantía según el grado de afectación del derecho de huelga en el caso concreto. Esto ha determinado en la doctrina judicial que se condene al abono de una indemnización de 3.000 euros por cada de uno de los diez días en que no pudo realizarse la huelga.
- Otro referente puede ser la cuantía correspondiente a los días de huelga, ya sea en su totalidad si la medida limita completamente el ejercicio del derecho fundamental, ya sea en la proporción que se juzgue adecuada por la incidencia de los servicios mínimos en el derecho de huelga.
- Finalmente, otro referente que se usa en la práctica pero que es muy inseguro, es la cantidad que se fije a tanto alzado de forma prudencial, proporcional y moderada, teniendo en cuenta todos los factores concurrentes en el caso, pero que entendemos que habría que reconducir a algún módulo objetivo de cuantificación como los anteriormente señalados u otro similar.

b) Cuantificación del daño emergente sufrido por el sindicato.

No cabe descartar la cuantificación de los gastos incurridos por el sindicato en la con-

vocatoria de la huelga que se ha visto privada de efectividad, y que se pueden concretar:

- En primer lugar, en las remuneraciones de los dirigentes sindicales por el tiempo invertido en esa movilización, a fin de compensar la parte en que se ha visto frustrada.
- En los materiales empleados, viajes, dietas, o demás conceptos que se puedan justificar oportunamente.
- También los gastos de defensa por tener que impugnar la actuación lesiva del derecho de huelga, teniendo en cuenta la posibilidad de que hubiera recaído una condena en costas en la sentencia que declara la lesión de ese derecho que limita dicha partida en la proporción correspondiente, pero que no tiene por que suponer la totalidad de los daños sufridos por la necesidad de ejercitar la acción, como compensación por reuniones, asistencia a vistas, desplazamientos y otros gastos imputables.
- Del mismo modo, por los gastos por asambleas y reuniones para difundir el alcance de la sentencia y explicar las razones de la pérdida de efectividad del derecho de huelga.

## 2.- LOS TRABAJADORES QUE HAN SECUNDADO LA HUELGA.

Estos trabajadores han sufrido un doble perjuicio: por una parte, la pérdida de ingresos determinados por la participación en una huelga, y en segundo lugar, la limitación de la eficacia del ejercicio de un derecho fundamental. El referente para fijar la indemnización podría ser:

- El lucro cesante, consistente en el importe de los salarios dejados de percibir, en la parte en que se ha visto limitada la efectividad del derecho de huelga.
- El daño moral, consistente en el abono de una indemnización por la limitación del derecho fundamental, para lo que se puede acudir a diversos criterios de cuantificación. Para reducir la indeterminación, un módulo razonable y proporcionado puede ser la cuantificación del salario por los días de huelga correspondiente a horas extras.

## 3.- TRABAJADORES QUE RESULTARON ADSCRITOS A LOS SERVICIOS MÍNIMOS.

La obligación de haber prestado servicios y la imposibilidad de haber ejercitado el derecho de huelga, determina el perjuicio consiste en la privación del ejercicio del derecho fundamental.

Es por ello que se puede fijar como referente para establecer la compensación, la indemnización consistente en el abono de retribución de ese tiempo como horas extraordinarias, que es referente de la remuneración de los servicios cuando no corresponden a la jornada ordinaria de trabajo. Y sin compensar en ese importe el salario ya recibido, dado que no sólo hay que compensar la prestación de servicios, sino la falta de aceptación voluntaria del trabajador por su realización, lo que es consustancia a las horas extras y no sucede con la prestación de servicios mínimos.

De esta forma, un criterio razonable sería la indemnización fijada a razón del abono de los días de servicios mínimos con el referente de cuantificación cifrado en las horas extraordinarias.

## V. El despido de trabajadores que incumplen los servicios mínimos.

El incumplimiento por los trabajadores del desarrollo de los servicios mínimos entraña, en principio, una falta susceptible de ser sancionada por parte de la empleadora pero la procedencia de los despidos presupone la realización por los trabajadores de un incumplimiento contractual, grave y culpable, requisitos cuya concurrencia puede discutirse en el caso tomando en consideración las siguientes circunstancias:

En este punto, es significativa la **STSJ Navarra de 15 de junio de 1999 (AS 1999\1917)**, en cuanto expresamente vino a declarar que la empresa no sólo carece de competencia para fijar los servicios mínimos que han de cumplimentarse sino también para proceder a la unilateral designación de los trabajadores que han de cubrirlos. En concreto, declara vulnerado el derecho de libertad sindical en su vertiente del derecho de huelga con respecto al trabajador que es sancionado (primero con despido y, tras el recurso de súplica, con traslado de residencia durante un año) por no atender los servicios mínimos unilateralmente impuestos por la empresa.

En torno a esta cuestión, podemos citar la **STSJ Castilla y León, Valladolid, de 5 septiembre 2002 (AS 2002\3150)**, que enjuicia el despido disciplinario de un trabajador al que se imputaba el incumplimiento de los servicios esenciales en una huelga. Pues bien, la sentencia declara la nulidad del despido valorando decisivamente los defectos achacables a la resolución administrativa que fijaba los servicios mínimos, considerando que había sido adoptada por un órgano sin competencia para ello al tiempo que carecía de la debida fundamentación.

En términos similares, las **Sentencias del TSJ Castilla y León /Valladolid de 5 septiembre 2002 (JUR 2002\254589), de 22 julio 2002 (AS 2002\2680), de 29 julio 2002 (JUR 2002\233797) y de 29 julio 2002 (JUR 2002\233793)**.

De esta forma, o se enjuicia el despido ponderando a efectos perjudiciales la constitucionalidad de la resolución administrativa que fija servicios mínimos, o debería de haber apreciado litispendencia y suspender la tramitación de los procedimientos de despidos hasta que existiera una resolución judicial firme que pusiera fin al proceso de impugnación de la resolución administrativa de referencia. Pero lo que no cabe es enjuiciar los despidos partiendo de la existencia de un incumplimiento contractual de los trabajadores sin ponderar la unilateralidad de la actuación empresarial en este punto y la constitucionalidad de la resolución administrativa que los fija.

Mención especial merece en relación con toda esta problemática la **Sentencia del Tribunal Constitucional 123/90, de 2 de julio**, recaída en el recurso de amparo frente a las resoluciones judiciales que confirmaron la validez de las sanciones impuestas a los trabajadores a los que se imputaba no haber cumplido con los servicios mínimos declarados por la correspondiente autoridad gubernativa.

No obstante el recurso contencioso entablado contra la resolución de la autoridad gubernativa que fijaba los servicios mínimos, que finalizó en la declaración de nulidad de la misma por no haberse otorgado participación a los sindicatos convocantes de la huelga, las sentencias declararon la procedencia de las sanciones impuestas a los trabajadores, sobre la consideración de que la resolución administrativa se suponía, cuando se dictó legítima y válida. En opinión de tales sentencias, sostener lo contrario supondría dejar en manos de cada trabajador efectuar una particular valoración sobre legalidad del acto administrativo que fija los servicios mínimos, lo que resultaría de todo punto inadmisibile.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional estima el amparo solicitado, en los siguientes términos:

*“El órgano judicial se ha limitado a valorar el incumplimiento de la orden, de apariencia legal; no ha entrado a realizar ninguna otra consideración y no ha ponderado adecuadamente los derechos y valores constitucionales en juego, ni ha introducido en su enjuiciamiento confirmatorio de la sanción la necesaria perspectiva constitucional ni valorado la conducta no cumplidora de los recurrentes, teniendo en cuenta la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales si éstos manifiestamente vulneraban el derecho fundamental, que también trató de defender, aunque en su dimensión colectiva, la impugnación colectiva de los servicios mínimos. Cuando el sancionado alega como causa de justificación el ejercicio legítimo del derecho de huelga está denunciando que la sanción ha lesionado un bien jurídico propio, lo que obliga al Juez de lo social a valorar desde una perspectiva constitucional la actuación de los trabajadores al incumplir la orden que consideraron ilegítima, ponderando adecuadamente los derechos y deberes en conflicto, el de huelga y el del funcionamiento de los servicios esenciales, límite legítimo al ejercicio de aquel derecho.”*

En su consecuencia, no es posible extraer una regla general sobre la calificación de los despidos cuando la falta imputada consiste en el mero incumplimiento de los servicios mínimos fijados por la autoridad gubernativa, toda vez que se ha de ponderar en cada caso la preponderancia del derecho de huelga sobre el funcionamiento de los servicios esenciales, para lo que han de tomarse en consideración una multiplicidad de factores: participación de los trabajadores sancionados en el Comité de huelga, efectiva satisfacción de los servicios mínimos decretados por la autoridad gubernativa no obstante el incumplimiento por el trabajador, el efectivo grado de incumplimiento, incluso consideremos que puede valorarse por parte del juzgador laboral el eventual carácter abusivo de los servicios mínimos, siquiera sea a efectos meramente prejudiciales, valoración en la que puede jugar un papel fundamental la falta de afectación a los servicios esenciales de la comunidad derivados del incumplimiento del trabajador, etc.

Por otra parte, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2002, de 21 de marzo 2002. (BOE 16-04-2002) ha analizado la lesión del derecho de huelga con el despido de trabajadores durante la huelga, que altera las reivindicaciones de los huelguistas para lograr su readmisión.

En este caso, por parte del Comité de Empresa de la entidad Sociedad Española del Acumulador Tudor, S.A., se presentó convocatoria de huelga, durante una serie de días, a fin de presionar a la empresa para la negociación y aceptación de las condiciones salariales ante el nuevo convenio, una vez que había expirado la duración del anterior. En los días inmediatos posteriores a la convocatoria, la empresa despidió a tres trabajadores por la vía del despido objetivo, argumento una serie de razones económicas y de organización, anunciándose la reorganización del área en la que los despedidos trabajaban para lograr reducir los costes. No consta que dichos trabajadores fueran convocantes de la huelga, o pertenecieran a algún sindicato, o ejercieran alguna función representativa.

Dichos trabajadores fueron finalmente readmitidos al incluirse en las negociaciones sindicales su recontractación y desconvocarse una segunda huelga que estaba previsto realizar. Con posterioridad continuaron celebrándose nuevas huelgas en la empresa en reclamación de las mejoras salariales que venían motivando el conflicto.

En el caso que se resuelve, los representantes de los trabajadores invocaban el despido de los trabajadores coincidiendo con el ejercicio del derecho de huelga, y la readmisión

de éstos a cambio de la desconvocatoria de un segundo llamamiento a la huelga. Ante este elemento fáctico, el TC reconoce como nos encontramos ante un panorama indiciario de la existencia de la lesión del derecho de huelga, lo que por otra parte había sido incluso reconocido por el Juzgado de lo Social y el TSJ que habían conocido anteriormente del proceso, lo que implica que corresponderá a la empresa “la carga de probar que sus decisiones se basaban en causas ajenas a la apariencia de lesión creada por los recurrentes”.

En lo referente al despido de los trabajadores las explicaciones dadas por la empresa fueron suficientes para los Tribunales ordinarios para excluir la lesión del derecho de huelga, ante las causas objetivas invocadas para el cese, la falta de constancia de que los despedidos fueran convocantes o pertenecieran a ningún sindicato, la continuidad de huelgas en fechas posteriores, y que la decisión “de buena voluntad” de la empresa de readmitir a tales trabajadores, ante las presiones de los huelguistas no vació de contenido el derecho de huelga si se ocasionó el descrédito del Comité convocante.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que este planteamiento es erróneo. Toma como elemento esencial la circunstancia de que “Los despidos de tres trabajadores y su posterior readmisión, según se declaraba en los hechos probados, tuvieron efectos directos sobre la huelga, hasta el punto de que la recontractación pasó a sumarse a las negociaciones sindicales que motivaban la huelga y quedó condicionada a la desconvocatoria de uno de los llamamientos (hecho probado tercero).” La readmisión de los trabajadores no desvirtúa este efecto, sino que más bien lo corrobora pues “...No es que el empresario decidiera readmitir a los trabajadores sin reciprocidad o transacción, sino que sólo lo hizo a cambio de la citada desconvocatoria y tras conseguir alterar, al menos en parte, los intereses concernidos en el conflicto, así como el objeto de la negociación que en su curso se desarrolló”.

También es importante destacar que según el TC, es indiferente la justificación legal o no de la decisión extintiva que adoptó la empresa, pues también la huelga se podía lesionar por la utilización desviada de la facultad legal. “Fuera o no una estrategia de negociación en el conflicto, de lo que no cabe duda es de que, objetivamente valorado, se ha producido un menoscabo del ejercicio del derecho fundamental y de los propósitos que con el mismo se perseguían.” En este punto, para el TC no le basta al empresario con justificar la habilitación legal para acordar los despidos, sino que tenía que aportar otros datos concluyentes sobre la falta absoluta de conexión entre tales despidos y la afectación al derecho de huelga.

En cuanto al fondo del asunto, según el TC, para valorar hasta que punto los ceses suponen o no lesión del derecho de huelga, es necesario constatar su influencia en el ejercicio del derecho de huelga. Cuando los despidos alteran las reivindicaciones de los huelguistas, acogiendo entre sus peticiones la recolocación de los trabajadores, ya se está afectando al derecho fundamental, alterándose sustancialmente la estrategia negociadora de los huelguistas. Ante esta circunstancia la empresa no puede limitarse a justificar la legalidad de los despidos, pues “el ejercicio de las facultades del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador”.

En definitiva, la Sentencia supone una decisiva limitación de las facultades empresariales con ocasión del ejercicio del derecho de huelga, y que conduce a declarar la inconstitucionalidad de medidas como el despido de los trabajadores, y que al margen del amparo legal que puedan tener, de facto son aprovechadas por la empresa para alterar los objetivos y finalidades de los huelguistas, lesionándose de esa forma el derecho de huelga.

## VI. Suspensión cautelar de los servicios mínimos.

El régimen jurídico de las medidas cautelares en el seno del procedimiento contencioso-administrativo se encuentra recogido en los arts. 129 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL\1998\1741).

Tal regulación tiene una conexión directa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. En efecto, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993, de 29 de abril, Recurso de Amparo núm. 2416/1990**, vino a imbricar el derecho a postular la suspensión de la ejecutividad de las decisiones administrativas con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de forma que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de normas que impiden radicalmente suspender la ejecutividad de las decisiones de la Administración.

Pero además, tal conclusión se realiza en relación con una resolución judicial que había declarado la suspensión cautelar de una resolución administrativa de fijación de servicios mínimos durante la huelga de diciembre de 1.988, admitiendo la posibilidad material de llevar a cabo la suspensión cautelar, y ofreciendo los elementos referenciales que han de valorarse a la hora de ponderar la procedencia de la misma:

- Conforme a este criterio, el resultado del incidente cautelar vendrá determinado por el grado de dificultad en la reparación de los perjuicios producidos por la decisión administrativa que es objeto de impugnación, lo que se encuentra recogido en el art. 130.1 LJCA cuando indica que <<La medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.>>

En los procedimientos de impugnación de decisiones administrativas de establecimiento de servicios mínimos, la materialización definitiva de los servicios mínimos contemplados en la resolución impugnada implica una restricción en el ejercicio del derecho fundamental de huelga, que además resulta plena y definitiva en los casos en los que ha finalizado completamente el proceso de huelga en relación con el cual se impusieron los servicios mínimos antes de que se resuelva el proceso judicial de impugnación de la resolución administrativa en cuestión.

Como indica la doctrina judicial –**Auto del TSJ de La Comunidad Valenciana de 19 Junio 2002 -Sala de lo Contencioso-Administrativo- (RJCA 2002\692)**<sup>3-</sup>, en relación con la solicitud de suspensión cautelar de la Orden de fijación de Servicios Mínimos de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalitat Valenciana con ocasión de la huelga del 20 de junio de 2002:

*“...El criterio de la imposibilidad o dificultad en la reparación de los daños o perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución del acto impugnado, no puede ser valorado en el presente caso, ya que evidentemente ante el hecho irreversible de que la huelga general convocada se va a celebrar inmediatamente (20 de junio), la resolución negativa de la medida cautelar, en este caso levantando la suspensión, siempre acarrearía un perjuicio irreparable para los recurrentes; pues dándoles la razón en la sentencia ningún beneficio les produciría, viéndose defraudados en su legítimo derecho de huelga. Será el segundo de los criterios al que deberá atenderse para determinar si procede el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar; esto es el del posible perjuicio que para los intereses generales o de tercero pudiera seguirse de la adopción de la medida cautelar, que, de concurrir y aún apreciándose la expresada imposibilidad o dificultad de repara-*

*ción de los daños y perjuicios originados por la ejecución inmediata del acto impugnado, puede determinar su denegación.*

*Los intereses en conflicto son por un lado el derecho de huelga (art. 1.2 de la CE [ RCL 1978, 2836; ApNDL 2875] ), y por otro, la salud, el medio ambiente, la libre circulación y la asistencia sanitaria, entre otros, lo que implica hacer un examen de la orden para determinar si con los servicios mínimos señalados en la misma se salvaguardan esos derechos esenciales constitucionalmente protegidos.”*

De esta forma, y sobre todo en relación con las huelgas con una duración corta y previamente acotada en el preaviso, la resolución judicial en la que puede declararse el carácter abusivo o excesivo de los servicios mínimos impuestos por la Administración necesariamente se dictará con posterioridad a la realización de los paros, lo que implica la consolidación de unos perjuicios en el ámbito del derecho fundamental de huelga.

Se trata de unos perjuicios que pueden calificarse como plenos, desde el momento en el que la eventual resolución judicial declarativa del carácter abusivo de los servicios mínimos no podrá tener la virtualidad práctica de modular la efectividad del derecho de huelga que se agotó con la realización de los paros en las fechas preavisadas, pero también como definitivos, dada la dificultad implícita que existe en la reparación de los perjuicios derivados del cumplimiento de unos servicios mínimos abusivos, tanto en el plano del ejercicio individual del derecho fundamental por los trabajadores que fueron llamados a la realización de estos servicios mínimos, como también en el plano colectivo de los sujetos convocantes de la huelga en cuanto ven artificiosamente reducida la dimensión de los paros convocados con un impacto directo en la intensidad del conjunto de reclamaciones o pretensiones sociales a las que responde la huelga.

— La doctrina sentada en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional a que venimos haciendo referencia también valora la apariencia de buen derecho en la solicitud de la parte solicitante que impugna la resolución administrativa de servicios mínimos.

Lo cierto es que en el régimen legal obrante en los arts. 129 y ss. de la LJCA no se pondera este elemento, pero parece razonable considerar que jugará un papel decisivo en el resultado del incidente cautelar en cuestión, dado la aportación de elementos referenciales a partir de los cuales anticipar el éxito de la pretensión impugnatoria de la resolución administrativa que fija los servicios mínimos implicará una vulneración del derecho fundamental de huelga y, por derivación y de forma casi directa, unos perjuicios de difícil o imposible reparación.

Así, se pueden tomar como referencia los servicios esenciales que fueron fijados directamente por la Administración en huelgas anteriores con un ámbito y extensión temporal comparables, y con más claridad los delimitados en las respectivas resoluciones judiciales que hubieran recaído en la impugnación de anteriores resoluciones administrativas de fijación de servicios mínimos.

Pues bien, la novedosa fijación de servicios esenciales que no tuvieron esta condición en ocasiones anteriores, o con una extensión muy superior a pesar de que no se haya producido un cambio significativo en las condiciones en las que se fijaron anteriormente, máxime, si la nueva resolución administrativa reproduce el contenido de una anterior resolución administrativa anulada en vía judicial, constituyen elementos referenciales de primer orden a la hora de explicitar la apariencia o revestimiento de inconstitucionalidad de la resolución impugnada, y por derivación, la procedencia de la suspensión cautelar de la fijación de servicios mínimos en lo que exceda de aquellos que previamente fueron reconocidos o declarados como ajustados al derecho fundamental de huelga.

- Como elemento de ponderación frente al riesgo de la causación de perjuicios de difícil o imposible reparación en la esfera del derecho fundamental, la doctrina del Tribunal Constitucional hace referencia a los perjuicios que para el interés general se causarían de no cubrirse los servicios mínimos contemplados en la resolución administrativa.

Se alude a lo que en cada caso se considere como mínimos indispensables para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, lo que. De esta forma, resulta decisiva no sólo la identificación de los servicios que pueden considerarse como esenciales para la comunidad, sino también la identificación de las exigencias prestacionales que en el ámbito de la convocatoria de huelga se requieren con el carácter de imprescindibles para su satisfacción en su nivel mínimo, en lo que, a su vez, también ha de jugar un papel crucial la modalidad y duración de la huelga de que se trate.

## VII. Servicios de Seguridad y Mantenimiento.

**Primero.** Por lo que se refiere a la significación material de los servicios de seguridad y mantenimiento, podemos hacer mención de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2005, de 4 abril 2005, BOE 10-05-2005, Rec. Amparo 979/2003**, donde sucintamente se vino a considerar que los servicios de mantenimiento y seguridad no se justifican en mantener la situación de normalidad en la empresa ni para posibilitar el trabajo de los no huelguistas.

En concreto, con ocasión de la huelga general del día 22-06-2002, la empresa Luna de Equipos Industriales, S.A. fijó como servicios de mantenimiento y seguridad en sus dos centros de trabajo, no sólo al personal de vigilancia, como era normal durante fines de semana y festivos, sino personal encargado de telefonía, asistencia técnica, mantenimiento, almacén, e informática. Por parte de CC.OO. y UGT se formuló demanda de tutela de libertad sindical y de huelga, que fue desestimada tanto por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Huesca de 25-10-2002, así como por la STSJ de Aragón de 22-01-2003, al considerar que la huelga no podía excluir por completo el derecho al trabajo de los no huelguistas, y que no consta que la empresa actuara con la intención de perjudicar el derecho de huelga, lo que hacía innecesario valorar los concretos puestos de trabajo designados.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo, al considerar lesionado el derecho de huelga en la fijación de los servicios de mantenimiento y seguridad –diferentes del supuesto de los servicios mínimos de empresas que gestionan servicios públicos–.

- Parte el TC de considerar que es erróneo el planteamiento del TSJ al equiparar el derecho de huelga y el derecho al trabajo, pues aquél es un derecho fundamental y éste no. Por tanto, no se puede justificar la limitación de la huelga en asegurar la prestación de servicios de los demás trabajadores.
- Los puestos designados por la empresa no tenían por cometido garantizar la seguridad de la empresa para posibilitar la reanudación a la finalización de la huelga, sino que pretendían no alterar, en la medida de lo posible, el funcionamiento normal de la empresa, haciendo factible el contacto con clientes, la recepción de pedidos y suministros o el acceso normal a todas las instalaciones, lo que no está justificado.
- Es irrelevante que la intención de la empresa fuera lesionar el derecho de huelga, o

por el contrario, asegurar el funcionamiento normal de la actividad, o simplemente, reducir sus perjuicios. Es suficiente el nexo causal entre el comportamiento empresarial y el perjuicio antijurídico al derecho fundamental.

Así, la Sentencia recoge los límites a los que se sujeta dicha designación. Como es ejemplo el proceso judicial previo, tales criterios no siempre son manejados por los Tribunales Sociales, por lo que esta doctrina viene a clarificar la materia y ofrecer criterios de aplicación.

En el caso, se trataría de justificar la naturaleza abusiva de los servicios de seguridad y mantenimiento fijados unilateralmente por la empresa valorando los requisitos reseñados en la sentencia, evidenciando en la medida de lo posible que el criterio empresarial no respondía a la finalidad de garantizar la seguridad de las personas o el correcto mantenimiento de las instalaciones, permitiendo la reanudación de la actividad productiva tras la reincorporación de los trabajadores, sino el mantenimiento de la capacidad productiva de la empresa en los términos reseñados en el escrito de denuncia a la Inspección de Trabajo.

Es de tener en cuenta que los servicios a los que se refiere el art. 6.7, son sólo servicios marginales de aseguramiento de la reanudación productiva (STCT 3-6-85 Ar. 4352), que han de reducirse al mínimo posible como indica el propio término de “mantenimiento” contrapuesto al de “funcionamiento”, con lo que, con la idea de reducción al mínimo se trata sólo de mantener unos determinados servicios, y con el fin de evitar daños graves en el patrimonio de la empresa o en las personas. A todo lo anterior cabe añadir, que conforme mantiene el propio TC en relación al ejercicio del derecho de huelga, en sus sentencias 48/1.991 de 28 febrero, 152 y 153/91 de 8 julio, en materia de los derechos fundamentales opera el principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable para la efectividad de dichos derechos; la interpretación restrictiva puede ser lesiva del derecho constitucional de que se trate.

En este sentido parece pronunciarse la **STSJ de Galicia de 28-04-2004 (AS 2004\2274)**, donde se razona que *“La proporcionalidad y sacrificios mutuos, que toda huelga exige, lleva en el caso traído a nuestra consideración a la conclusión ya adelantada, habida cuenta que la empresa obstaculizó del modo indicado la realización efectiva del derecho fundamental ordenando la prestación de servicios mínimos por 7 trabajadores, cuyo cometido fundamental era proceder a cargar los camiones con las palas, en definitiva se trataba de mantener los compromisos de entrega de producción, lo que evidentemente forma parte de la actividad de la empresa y si se garantiza el cumplimiento de los compromisos de producción de la empresa la huelga pierde toda la fuerza que podía tener, y el esfuerzo de los trabajadores y del sindicato convocante de la huelga quedaría perdido, por tanto se acordaron unos servicios mínimos más allá de las medidas aseguratorias y preventivas que autoriza el art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo por lo que los servicios ordenados por la empresa infringen el mismo de acuerdo con lo ya argumentado.”*<sup>4</sup>

**Segundo.** La fijación de los servicios de seguridad y mantenimiento.

Con carácter general, la STC 11/81 de 8 de abril declaró inconstitucional el inciso final del art. 6.7 del RDL 17/77 por el que se residenciaba en la empresa la facultad para determinar los trabajadores que habían de desempeñar los servicios de seguridad y mantenimiento de las instalaciones de la empresa que aseguraran la ulterior reanudación de la actividad productiva, por lo que, a partir de ese momento, tanto los trabajadores que deban prestar los servicios de mantenimiento y seguridad, como qué ser-

vicios deban ser los que se presten, será una cuestión a determinar por el acuerdo de empresario y Comité de huelga, ya que el TC viene a exigir el concurso de ambas partes.

a) Los tribunales y la doctrina se han pronunciado en el sentido de que ante la falta de acuerdo, si esa ausencia se debe al carácter obstruccionista del Comité de huelga será la empresa la que recobre la facultad de fijar unilateralmente tales servicios, sin perjuicio de una posterior revisión judicial<sup>5</sup>

b) Cuando la empresa se limita a fijar unilateralmente los servicios de seguridad y mantenimiento es clara la vulneración de la regla que exige su negociación previa con el Comité de huelga, pero la solución no es tan clara en aquellos supuestos en los que iniciándose efectivamente tal proceso de negociación, la posición empresarial es totalmente cerrada y, como sucede en el caso, en una de las dos áreas que comprende la huelga implica el desarrollo de la totalidad de la producción prevista para los días en que está previsto el ejercicio del derecho, de forma que resulta irrelevante dado el mantenimiento inalterado del nivel de producción de la empresa.

Pues bien, en nuestra opinión, también en estos casos se produce la infracción del derecho fundamental de huelga ante la fijación por la empresa de unos servicios de seguridad y mantenimiento que sólo atendiendo a un punto de vista formal han sido objeto de negociación previa con los representantes de los trabajadores en huelga, al limitarse la empresa a plantear una propuesta cerrada que dejada sin efecto ni contenido el ejercicio del derecho fundamental de huelga, que quedaba irreconocible por mantenerse inalterado el nivel de producción del área a la que se referían los servicios de seguridad en cuestión.

En este punto, nos remitimos a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 Octubre 2005, Rec. 12/2005**, que precisamente declaró la vulneración del derecho de huelga por la unilateral fijación por la empresa de los servicios mínimos de seguridad y mantenimiento, ya que considera el Tribunal Supremo que no se cumple el requisito de la negociación previa con el Comité de huelga cuando, sin otra alternativa, la empresa se limita a exigir unos servicios mínimos que comprenden a la totalidad de la plantilla, lo que resulta objetivamente equiparable al supuesto consultado dado que lo verdaderamente relevante es el impacto que los servicios mínimos fijados por la empresa producen sobre el derecho fundamental en cuestión.

El Tribunal Supremo confirma la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, y acepta como válidos los motivos por los que ésta había declarado la vulneración del derecho de huelga:

- La negociación con el comité de huelga es requisito imprescindible para la fijación de los servicios de seguridad y mantenimiento, y este requisito no se ha cumplido, ya que negociar supone dialogar y valorar propuestas, no exigir la aceptación sin otra alternativa de unos servicios mínimos del 100% en altos hornos.
- La empresa demandada actuó de mala fe, pues habiéndose convocado la huelga con siete días de antelación, la empresa no comunicó al Comité de Huelga su voluntad de apartarse de los pactos inicialmente suscritos sobre fijación de los servicios mínimos hasta dos días antes de la fecha prevista para el paro.
- Y además, la empresa no acreditó la necesidad de que en altos hornos, los servicios mínimos alcanzasen el 100% de su plantilla.

Con esta doctrina, no sólo se reitera la necesidad de que los servicios mínimos de seguridad y mantenimiento sean objeto de una negociación previa con el Comité de

huelga, sino que además se concreta el significado de esta obligación de negociar para la empresa, negando su cumplimiento cuando su postura supone en la práctica vaciar de contenido el derecho fundamental de huelga, sin contemplar ninguna alternativa.

c) Desde otro punto de vista, debemos entender, junto con la doctrina mayoritaria, que el establecimiento de servicios de mantenimiento y seguridad implican indudablemente una limitación al ejercicio del derecho de huelga teniendo, por lo tanto, el mismo efecto que la imposición de servicios mínimos esenciales para la comunidad, aún cuando respondan a finalidades distintas (la protección del patrimonio empresarial y la protección del usuario y ciudadano respectivamente).

Partiendo de ésta idea de limitación del ejercicio de un derecho fundamental, no debe haber dificultades en asumir para la implantación de aquellos servicios, la tesis del TC y jurisprudencia ordinaria de la imprescindible motivación y especial justificación en la implantación de los servicios mínimos esenciales para la comunidad; de esta forma, una imposición unilateral por el empresario de los servicios de seguridad, refrendada por posteriores decisiones judiciales, deberán estar motivadas y justificadas tanto en cuanto a la necesidad de su establecimiento como en cuanto al número de los trabajadores destinados a tal función, so pena de que tal decisión sea declarada nula por violación del derecho de huelga al imponer una limitación arbitraria a su ejercicio.

En efecto, en la motivación han de incluirse los factores (circunstancias concurrentes -mayor o menor agresividad de la huelga-, duración,...) cuya ponderación ha conducido a establecerlos, sin que sean suficientes indicaciones genéricas aplicables a cualquier conflicto, de las que no sea posible deducir cuales son los elementos valorados para tomar la grave medida de recortar o impedir a unos trabajadores el ejercicio de su derecho a la huelga. El requisito de la motivación no es una mera exigencia formal, sino que es un requisito sustantivo pues tiene el efecto de facilitar posteriormente la defensa de los afectados y el control de los tribunales, pues cuando se coarta el libre ejercicio de un derecho constitucional el acto es tan grave que el hecho o conjunto de hechos que lo justifiquen debe explicarse suficientemente<sup>6</sup>. ♦

#### NOTAS

<sup>1</sup> Otros pronunciamientos relevantes del Tribunal Supremo, cabe destacar En el sector de seguridad privada, la STS (Contencioso, Secc. 5<sup>a</sup>) 27 Septiembre 2006, Rec. 269/2004. Y también, la STS –Sala Tercera- de 19 Abril 2004 Rec. 172/02, y de 12 de marzo 1999 [RJ 1999\2895], y que examina la desproporción en la fijación de los servicios mínimos del 100% de la plantilla en los servicios de limpieza de un centro hospitalario, de 28 septiembre 2001, Rec. Casación 4662/97. La STS (Contencioso-Administrativo, Sección 7<sup>a</sup>) de 19 abril 2004 (Rec. Derechos Fundamentales 172/2002), referida a la impugnación del RD 1288/2002, de 5 de diciembre, que fijó los servicios mínimos esenciales en el ámbito de RTVE en la huelga convocada para el día 12 de diciembre de 2002. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7<sup>a</sup>) de 22 octubre 2007 [RJ 2007\8162], referente a la fijación de los servicios mínimos en el CAMF de Leganés (IMSERSO), STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7<sup>a</sup>) de 11 marzo 2009 [RJ 2009\2660], con motivo de la huelga convocada para el personal docente de la enseñanza pública no universitaria.

<sup>2</sup> Entre otros pronunciamientos relevantes, cabe destacar: La STSJ de Galicia de 17-2-98 (Arz. 115), en procedimiento de tutela de la libertad sindical, en la que se vino a declarar atentatorio al derecho de huelga la actuación de dos empresas de limpieza que procedieron a la sustitución de dos trabajadoras en huelga por otras de distintos centros de trabajo, condenando a la empleadora al abono de una indemnización de 50.000 pesetas.

También en procedimiento de tutela de la libertad sindical entablado frente a RENFE, la STSJ de Aragón de 11-6-97 Rec. 416/97, confirmó la recaída en la instancia que declaraba la vulneración del derecho fundamental de huelga por la orden dada al Interventor en Ruta del tren, sustituyendo la actividad del Jefe de Estación, que ejercía su derecho de huelga legalmente, declarando nula dicha orden y sustitución, condenando a indemnizar al Sindicato actor.

Se pronunció sobre el particular la STSJ de Andalucía /Granada de 2-7-96 (Arz. 2607) en la que se vino a declarar la lesión del derecho de huelga por causa de la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros pertenecientes a distinto centro de trabajo, añadiendo la innecesariedad de la prueba del perjuicio de cara a la reparación de las consecuencias derivadas de la ilícita actuación empresarial.

La STSJ de Navarra de 28-4-95 (Arz. 1351), relativa a la lesión de la libertad sindical, con ocasión del ejercicio del derecho de huelga y de negociación, por parte de un Comité de empresa, reconociendo la indemnización de 4 millones, la cual no es revisada por la Sala en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la presunción del daño ante la existencia de la lesión en el derecho fundamental.

En un supuesto similar, la STSJ de Canarias /Las Palmas de 20-5-94 (Arz. 1924) reconoce la indemnización, en favor del Sindicato, por daño moral en cuantía de 200.000 pesetas.

También, la STSJ de Valencia de 13-12-94 Rec. 2392/94, que en procedimiento de tutela de la libertad sindical, declaró atentatoria al derecho de huelga la decisión empresarial de ampliar los servicios mínimos que fueron pactados entre la empresa y Comité de empresa para descargar un buque, en la medida en que tal actividad resultaba innecesaria para continuar el trabajo normal después de la huelga, como se acreditó en el procedimiento. Al mismo tiempo, la sentencia condenaba a la empresa al abono de una indemnización de daños y perjuicios de 1.000.000 de pesetas.

La STSJ de Madrid de 16-11-92 (Arz. 5709), en la que se declara la prohibición de medidas empresariales que neutralicen los efectos de la huelga. Reconoce el derecho a favor de la Federación Sindical accionante la indemnización de 500.000 pesetas, reduciendo el importe de un millón que reconoció la sentencia de instancia. A favor de los trabajadores huelguistas, y con amparo en el art. 1105 del Código Civil, fija la Sala una indemnización en la cuantía del 50% de los salarios correspondientes a los días de duración de la huelga, por cuanto la actuación de la empresa reduce los efectos de la huelga.

La STSJ de Madrid de 23-12-92 (Arz. 6272) confirma la sentencia de instancia que apreció violación del derecho a la libertad sindical al otorgar la empresa un premio a los trabajadores no huelguistas. Invoca la doctrina sentada por la misma Sala en su sentencia de 13-11-90, Ar. 142. Admite la condena a la empresa a abonar la misma cantidad que recibieron los trabajadores no huelguistas. Además de reconocer a favor del sindicato accionante -CC.OO.- la indemnización de 1.000.000 pesetas por vulneración de su derecho de huelga, por el desequilibrio estratégico que le ocasiona.

La STSJ de Valencia de 26-10-93 (Arz. 4624) también reconoce el derecho a indemnización tanto de los trabajadores como del sindicato.

<sup>3</sup> Confirmado por Auto del TSJ de La Comunidad Valenciana –Sala de lo Contencioso-Administrativo- de 2 Septiembre 2002, Rec. 03/937/2002, sobre la base de que se trata de un recurso totalmente intrascendente, ya que la vigencia de la Orden de Servicios Mínimos cuya suspensión parcial se acordó se agotó el mismo día en que concluyó la huelga general convocada.

<sup>4</sup> Como pronunciamiento más reciente, la STSJ de La Comunidad Valenciana de 6-11-2007 (AS 2008/594), en la que se establece que ha existido vulneración del derecho de huelga porque el señalamiento de los servicios mínimos se realiza con el único objetivo de transmitir una apariencia de normalidad y no con el de garantizar la seguridad en la prestación del servicio. En el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 16-11-93 Rec. 796/93 (Arz. 4767), en relación con el procedimiento de tutela de la libertad sindical entablado por el Comité de empresa en el que se venía a postular la nulidad de la decisión empresarial por la que se fijaban los servicios mínimos de mantenimiento.

También resulta de gran interés la STSJ de Asturias de 4-6-90 (Arz. 1633), que confirmó la recaída en la instancia por la que se declaraban abusivos y atentatorios al derecho fundamental de huelga los servicios mínimos establecidos por la empresa. A estos efectos, se tomaban como elemento comparativo los inferiores que fueron establecidos en otra huelga desarrollada en la misma empresa y con una duración similar. Partiendo del carácter no abusivo de la modalidad de huelga empleada, la empresa no aportó ninguna circunstancia por la que se justificara la necesidad de desarrollar unos servicios mínimos superiores a los que se efectuaron en la anterior huelga.

En el mismo sentido que la anterior, la STSJ de Valencia de 13-12-94 Rec. 2392/94, que en procedimiento de tutela de la libertad sindical, también declaró atentatoria al derecho de huelga la decisión empresarial de ampliar los servicios mínimos que fueron pactados entre la empresa y Comité de empresa para descargar un buque, en la medida en que tal actividad resultaba innecesaria para continuar el trabajo normal después de la huelga, como se acreditó en el procedimiento. Al mismo tiempo, la sentencia condenaba a la empresa al abono de una indemnización de daños y perjuicios de 1.000.000 de pesetas. Controversia similar se enjuiciaba en la STSJ de Andalucía /Sevilla de 16-11-92 Rec. 2626/92 (Arz. 6590), donde también en procedimiento de tutela de la libertad sindical se enjuiciaba la licitud de la decisión empresarial por la que se fijaban servicios mínimos obligatorios los de telefonista y de la plataforma de ensayos.

<sup>5</sup> (Alonso Olea, Sala Franco, Albiol. STCT 31-5-82 ar. 3271; 10-7-84 Ar. 6728, STSJ de Asturias de 11-02-2005 AS 2005\2277 y 4-6-90 Arz. 1633, STSJ de Andalucía /Sevilla de 4-11-92 Arz. 6581, STSJ de Valencia de 25-3-93 Arz. 1666); o bien si la determinación viene impuesta unilateralmente por la empresa sin la previa negociación de buena fe, los trabajadores no vienen obligados a cumplir esos ser-

vicios (STCT 1-9-82 Ar. 4640). A su vez, cuando a pesar de existir negociación previa de buena fe y con la lealtad requerida al efecto por ambas partes, no se consigue finalmente el acuerdo, algunos autores (Matía Prim, Sequeira de Fuentes, Baylos Grau, L.E. de la Villa, G. García Becedas, Perrote Escartín), entienden que la decisión final debe ser a cargo del Comité de huelga, argumentando que si a éste órgano se le impone la garantía y responsabilidad del mantenimiento y seguridad durante la huelga, deberá ser el mismo al que le corresponda tal designación.

En este supuesto, es decir en el de desacuerdos en los que no haya existido obstruccionismo ni falta de colaboración, la jurisprudencia con escasos pronunciamientos, adopta la postura de la necesidad de acudir a la jurisdicción (aún a riesgo de que la decisión judicial llegue finalizada ya la huelga), pero se limita a advertir que el órgano jurisdiccional debe tramitar el proceso laboral con la celeridad y urgencia que exige un planteamiento de esta naturaleza, y a excluir en tal caso la decisión unilateral del empresario, sin pronunciarse definitivamente sobre el tema de a quien corresponde provisionalmente y hasta la sentencia, la controvertida decisión. En éste sentido las Ss. del TCT de 25 Marzo, 3 Junio, 27 Septiembre Ar. 2275, 4352 y 5349, y 5 Mayo 1.986 Ar. 3915. Mantiene el TCT que “la adopción de tales medidas es actualmente una actividad compartida entre el Comité de huelga y la empresa, correspondiendo a aquel garantizarlas, lo que exige obviamente un acuerdo de las partes sobre el particular; pero el problema surge cuando no se consigue tal acuerdo; en tal supuesto, no se puede admitir la tesis de que la empresa imponga unilateralmente su criterio, sino que tal situación conflictiva autoriza a ambas partes a pedir la tutela judicial, lo que obliga al órgano jurisdiccional de instancia a tramitar el proceso laboral con la celeridad y urgencia que exige un planteamiento de ésta naturaleza”.

Con relación a la necesidad de que los servicios de seguridad y mantenimiento fueran fijados previa negociación entre empresa y Comité de Huelga, las Ss. del TSJ del País Vasco de 11-07-2006 (AS 2007\1093), del TSJ de Valencia de 25-3-93 (Arz. 1666) y del TSJ de Navarra de 15-6-99 (Arz. 1917).

<sup>6</sup> SSTC: Ref.Aranzadi 11/1.981, 26/1.981, 33/1.981, 51/1.986, 53/1.986, 27/1.989, 43/1.990, 122/90 de 2 Julio y por último y a modo de resumen de todas ellas, la sentencia de 16 de Enero 1.992 Ar. 8/1.992 dictada en recurso de amparo nº 1.809/1.988 (BOE 13-2-92).

# Novedades

## EN LA DOCTRINA JUDICIAL EN MATERIA LABORAL

Sentencias del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia.

MARTÍN GUALDA ALCALÁ | *Gabinete Estudios Jurídicos CC.OO.*

---

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 MARZO 2010, Rec. 1068/2009.**

**EXTINCIÓN DEL CONTRATO: DESPIDO RECONOCIDO IMPROCEDENTE POR LA EMPRESA, QUE ES NULO POR HABERSE JUSTIFICADO EN LA EXISTENCIA DE PROBLEMAS ORGANIZATIVOS DE LA EMPRESA SIN RESPETAR LAS GARANTÍAS DE PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDAS PARA ESTAS EXTINCIONES.**

En el caso, la empleadora procede al despido de una de sus trabajadoras justificando la extinción del contrato una reestructuración de plantilla que está produciéndose en su seno, tras lo que procede a reconocer la improcedencia del despido y deposita en el Juzgado de lo Social el importe de la indemnización por despido improcedente.

Dice el Tribunal Supremo que se trata de un despido objetivo en función de la causa formalmente invocada por la empresa para justificarlo –reestructuración de plantilla–, lo que exigía el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el art. 53 ET, entre los que se incluyen la expresión de la causa que motiva la extinción, la entrega de la carta de preaviso de extinción a los representantes de los trabajadores y el abono inmediato a la trabajadora de la indemnización legalmente establecida de 20 días de salario por año de servicio, y cuya infracción determinaba la nulidad del despido en la redacción del art. 53 ET en la versión anterior a la reforma laboral introducida con el RD 10/2010 y la Ley 35/2010.

De esta forma, el Tribunal Supremo concluye en la nulidad del despido sobre la base de que la expresión de la causa motivadora de la extinción no puede tener carácter abstracto, sino que impone la descripción en la comunicación de la causa concreta y próxima que motiva la extinción, sin que resulte suficiente una referencia vaga e imprecisa a la reestructuración de plantilla.

En todo caso, está por ver el alcance de esta doctrina tras la reforma laboral del año 2010, que ha sustituido por la declaración de improcedencia la calificación de nulidad que anteriormente se establecía para los despidos objetivos que no cumplían con las exigencias de forma anteriormente referidas.

---

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 JULIO 2010, Rec. 150/2009.**

**LIBERTAD SINDICAL: DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SINDICATOS A CONOCER LOS PLANES DE FUTURO DE LA EMPLEADORA SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y ESTRUCTURA DE SU PERSONAL.**

Se plantea el alcance del derecho fundamental de libertad sindical del art. 28 CE ante la negativa de la empleadora –Ministerio de Defensa- de excluir a un sindicato –que contaba con participación en los órganos de representación de los trabajadores- de unas reuniones informativas que había mantenido con otras opciones sindicales respecto a determinados planes de futuro con su personal laboral. El Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 7 de julio de 2009, que había declarado la vulneración del derecho de libertad sindical.

Considera el Tribunal Supremo que “1) el suministro de información relevante por parte de una entidad empleadora a los sindicatos representativos puede efectuarse o bien directamente, o bien a través de los delegados y representantes sindicales presentes en los comités de empresa en cumplimiento del artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical ; y 2) el acceso del sindicato a información relevante, en los términos precisados en las leyes, es un ingrediente del derecho a la actividad sindical, derecho este último que constituye, según jurisprudencia constitucional reiterada, la dimensión “funcional” del derecho complejo a la libertad sindical.” Para concluir que esta información relevante no fue facilitada al sindicato demandante, al verificarse en una comisión delegada de la Comisión Paritaria en la que aquél no tiene presencia, y negándosela en cambio a los comités de empresa de representación unitaria, organismos en los que sí estaba representado el sindicato demandante. Estos organismos han de ser también, por ministerio de la ley [art. 64.1.1º y 4º a) ET], receptores de informaciones relevantes sobre los planes, perspectivas y decisiones de empleo en las empresas y centros de trabajo; recepción de información que es el presupuesto lógico de la transmisión de la misma por parte del sindicato a sus afiliados y a los trabajadores de la empresa.

---

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 MAYO 2010, Rec. 733/2009.**

**LIBERTAD SINDICAL: GARANTÍA DE INDEMNIDAD RETRIBUTIVA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.**

Se vuelve a plantear de nuevo el alcance de la garantía de indemnidad retributiva de los representantes de los trabajadores en relación con la percepción por estos últimos, durante los días que utilizan el crédito horario y no acuden al centro, de un complemento retributivo que había sido acordado con ocasión del traslado del centro y que compensaba a los trabajadores por el mayor tiempo invertido en los desplazamientos al nuevo centro de trabajo.

El Tribunal Supremo realiza una interpretación amplia del contenido de la garantía de indemnidad retributiva conforme a la cual, los representantes de los trabajadores tienen derecho a percibir una retribución igual que si realmente hubieran asistido al trabajo, y en el caso, concluye que la decisión empresarial de no abonar el complemento en cuestión a los representantes de los trabajadores durante los días en que hacen uso del crédito horario es lesiva del derecho fundamental de libertad sindical, indicando ex-

presamente que es irrelevante que exista el desplazamiento real a la empresa, ya que lo importante es que el representante de los trabajadores no sufra un perjuicio susceptible de incidir sobre la realización de sus funciones sindicales ante la minoración de sus retribuciones.

---

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 MAYO 2010, Rec. 2969/2009.**

**PENSIÓN DE VIUDEDAD: PAREJAS DE HECHO Y CERTIFICADO DE EMPADRONAMIENTO.**

Se plantea ante el Tribunal Supremo la forma de acreditar la existencia de la pareja de hecho a los efectos de que tras el fallecimiento de uno de los convivientes, el otro pueda percibir una pensión de viudedad.

Ha de tenerse en cuenta que el art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social contempla exclusivamente la posibilidad de acreditar el período de convivencia previo al fallecimiento a través del correspondiente certificado de empadronamiento. El INSS venía siguiendo una interpretación literal de tal precepto, lo que se traducía en que la falta del certificado de empadronamiento impedía reconocer la existencia de la pareja de hecho e impedía el otorgamiento de la pensión de viudedad aunque concurrieran el resto de requisitos legalmente establecidos para ello. Pero el Tribunal Supremo revisa este criterio, conforme a una interpretación más acorde al principio de igualdad constitucional, indicando que el certificado de empadronamiento es uno más de los medios probatorios sobre la existencia de la convivencia, por lo que su falta no excluye el derecho a la pensión de viudedad si se consigue acreditar tal extremo por otros mecanismos.

---

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO 2010, Rec. 1866/2005.**

**PENSIÓN DE VIUDEDAD: REPARTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD ENTRE LA VIUDA Y EX-CÓNYUGE DIVORCIADA QUE CONVIVÍA MARITALMENTE CON OTRA PERSONA EN LA FECHA DEL FALLECIMIENTO.**

En la sentencia se cuestiona el derecho a la pensión de viudedad de quien se encuentra legalmente separada o divorciada del fallecido y que mantenía una convivencia de hecho con otra persona en la fecha del fallecimiento.

El Tribunal Supremo considera que procede el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a la excónyuge divorciada del trabajador fallecido, repartiéndose con la viuda en cuantía proporcional al período de convivencia con aquél, sin que obste al reconocimiento de la pensión de aquélla la circunstancia de que mantuviera una relación de pareja de hecho con una tercera persona en la fecha del fallecimiento.

No obsta a ello la redacción del art. 174.3 LGSS, que deja sin efecto el derecho a la pensión de viudedad que se contempla respecto de los casos de separación o divorcio en los supuestos del art. 101 del Código Civil –entre los que se encuentra el de convivencia marital-, en cuanto fue declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia del Tri-

bunal Constitucional 22/2010, de 27 de abril –Cuestión de inconstitucionalidad 176/2006-. Para el Tribunal Constitucional, conforme a una argumentación que incorpora el Tribunal Supremo, el criterio introducido por el art. 174.3 LGSS infringe el derecho fundamental a la igualdad entre el cónyuge viudo y el excónyuge separado o divorciado que se encuentran en situación de convivencia “more uxorio” al tiempo del fallecimiento en lo que al derecho a la pensión de viudedad se refiere, sin que concorra una justificación objetiva y proporcionada de dicha diferencia de tratamiento, y entraña una discriminación por razón del estado civil.

---

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 MARZO 2010, Rec. 135/2009 y 23 FEBRERO 2010, Rec. 1744/2009.**

**EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE RELEVO: 1) DERECHO A PERCIBIR LA INDEMNIZACIÓN DE 8 DÍAS DE SALARIO POR AÑO DE SERVICIO. 2) NO SE PRODUCE POR LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR RELEVADO QUE SE ENCONTRABA EN SITUACIÓN DE JUBILACIÓN PARCIAL.**

En la primera de las sentencias citadas se planteaba si los trabajadores con contrato de relevo tienen derecho a la indemnización de 8 días de salario por año de servicio que se regula en el art. 49.1.c) ET con ocasión de la extinción de su contrato, frente al criterio negativo de la empresa que asimilaba estos contratos a los de interinidad, a los que el precepto antedicho expresamente excluye del derecho a indemnización. El Tribunal Supremo concluye que los trabajadores con contrato de relevo tienen derecho a la indemnización en cuestión cuando se produce la extinción de sus contratos, confirmando el criterio favorable que ya había mantenido la Audiencia Nacional, en sentencia de 23 de septiembre de 2009 Rec. 112/2009. A estos efectos, considera que no es posible la asimilación del contrato de relevo con el contrato de interinidad, además de que tampoco sería posible una interpretación extensiva de una norma restrictiva de derechos como sucede con el precepto legal antedicho que excluye del pago de la indemnización por extinción de contratos temporales a los contratos formativos y de interinidad.

En la segunda de las sentencias, de fecha 23 de febrero de 2010, Rec. 1744/2009, se planteaba si la muerte del trabajador en situación de jubilación parcial determinaba o no la extinción del contrato de relevo que había sido suscrito con otro trabajador para cubrir la parte de jornada que comprendía la jubilación parcial, en relación con un caso donde la empleadora había comunicado al relevista la extinción del contrato tras producirse el fallecimiento del trabajador relevado. Para el Tribunal Supremo, la conexión existente entre los contratos de los trabajadores relevado y relevista no determinan la dependencia del contrato de relevo respecto de la situación de jubilación-empleo parcial del relevado, y en estas condiciones, la extinción del contrato de relevo constituye un despido improcedente.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 JULIO 2010, Rec. 2698/2009.**

INCAPACIDAD TEMPORAL POR HEMORRAGIA CEREBRAL: CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO. TRANSPORTE POR CARRETERA: APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE CONTINGENCIA PROFESIONAL EX ART. 115.3 A LOS PROCESOS INICIADOS DURANTE LAS PARADAS EN RUTA EN CUANTO FORMAN PARTE DE LA JORNADA LABORAL.

Se cuestiona el origen común o profesional de un proceso de incapacidad temporal que se inició por un conductor de un camión que sufrió unos mareos cuando tomaba un café durante una parada en un área de servicio, siendo diagnosticado de hemorragia cerebral. El INSS estimó que la baja laboral derivaba de enfermedad común, lo que es revisado por el Tribunal Supremo, que concluye en el carácter profesional de la incapacidad temporal al operar la presunción del nexo causal entre el trabajo y la patología diagnosticada conforme al artículo 115.3 de la LGSS.

Como indica el Tribunal Supremo, el derrame cerebral lo sufrió el actor durante las llamadas horas de presencia, mientras realizaba un descanso técnico o tomaba un café, horas que entran dentro de la jornada laboral porque durante ellas el trabajador está a disposición del empresario, razón por la que con respecto a las patologías que se presenten durante las horas de presencia juega la presunción de laboralidad que establece el artículo 115.3 de la LPL, presunción que no ha quedado destruida por el supuesto carácter común de las mismas, ya que no puede descartarse que el trabajo realizado y las condiciones del mismo desencadenasen el proceso morboso, al provocar una subida de la tensión arterial. Debe recordarse que, conforme al artículo 8-1 del R.D.1561/1995, de 21 de septiembre, se considera “tiempo de presencia aquél en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar servicio efectivo, por razones de... comidas en ruta u otras similares”. Por ello, bien se estime que la parada realizada por el actor obedecía a razones operativas, descansar el periodo preceptuado por las normas de tráfico, bien a la necesidad de tomar alimento, es lo cierto que el origen de la baja merece el calificativo de accidente laboral, al deberse presumir la existencia de un nexo causal entre el trabajo y la enfermedad, ya que esta se presentó durante el tiempo de trabajo, mientras estaba en ruta.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 JULIO 2010, Rec. 3808/2009.**

INCAPACIDAD TEMPORAL: NUEVA BAJA POR IT SIN QUE HAYA TRANSCURRIDO UN PERÍODO DE ACTIVIDAD COTIZADA SUPERIOR A LOS SEIS MESES.

En este caso, se planteaba si el INSS debe objetivar, cumpliendo lo previsto en el artículo 131.1 bis, párrafo segundo, de la Ley General de la Seguridad Social, y en qué forma, la negativa a otorgar una nueva baja de incapacidad temporal por igual o similar patología a la anterior, cuando la primera se extinguió por el transcurso de tiempo previsto para ello y no ha mediado un periodo de actividad cotizada de más de seis meses.

El Tribunal Supremo indica que el precepto antedicho no señala que de forma cuasi automática proceda la denegación de los efectos económicos si falta un periodo de seis meses de actividad, de modo que el INSS pueda denegar dichos efectos sin más justifica-

ción que la falta de dicho periodo de actividad intermedia. El precepto señala que hay dos posibilidades de que se reconozcan efectos económicos a la nueva baja por IT: el transcurso de seis meses de actividad o que el INSS a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal”, y que “llegados a este punto, parece que el criterio por el que la Entidad Gestora decida si procede o no reconocer los efectos económicos a este nuevo período de IT, no puede ser discrecional” sino que “debe basarse en un elemento objetivo que permita justificar la denegación de tales efectos. Y es la justificación sobre el estado actual del trabajador que ha obtenido esa baja médica, sobre lo que debe pronunciarse el INSS para fundar su decisión” (Sentencia de contraste, TS 13-7-2009, R. 2576/08).

Se reconoce el derecho del trabajador a un nuevo proceso de Incapacidad Temporal, al no poder rechazarse únicamente por un dictamen de la Unidad de Valoración en el que sólo se contenían datos relativos a la similitud de las patologías en los dos procesos de incapacidad temporal, sin argumentarse o valorarse nada que pudiese hacer referencia a la inexistencia de una patología que limitase la capacidad funcional de la demandante.

---

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 JULIO 2010, Rec. 2784/2009**

**JUBILACIÓN PARCIAL: EFECTOS SOBRE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN COMPLETA DE LA PERMANENCIA DEL TRABAJADOR RELEVISTA EN EXCEDENCIA VOLUNTARIA DURANTE UNA PARTE DEL PERÍODO DURANTE EL QUE SE PROLONGÓ LA JUBILACIÓN PARCIAL.**

Se cuestiona si la excedencia de un trabajador relevista, coincidente con parte del período de disfrute de la jubilación parcial del trabajador, tendrá alguna incidencia sobre el cálculo de la base reguladora de la pensión cuando éste pase a la situación de jubilación completa. Concretamente, se trata de determinar si el beneficio del incremento al 100 por 100 de la cuantía de las bases de cotización que se prevé en el artículo 18.2 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, se mantiene para todo el tiempo de disfrute de la jubilación parcial -incluido ese período de excedencia voluntaria del trabajador relevista durante el que, lógicamente, no ha habido cotizaciones de éste- o si, por el contrario, no procederá dicho incremento para ese período de la excedencia por “no haberse simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo”, que es lo que dice dicho precepto.

El Tribunal Supremo concluye indicando que no procede penalizar al trabajador jubilado parcial, y cuando acceda a la jubilación completa se va a poder beneficiar del incremento de sus bases de cotización al 100 por 100, a efectos de cálculo de la base reguladora de su pensión definitiva. Para que no se produjera tal efecto, debería estar expresamente previsto en el artículo 18 del RD 1131/2002, lo que no sucede. La exigencia de que la jubilación parcial “se hubiese simultaneado con un contrato de relevo” debe entenderse como que el contrato de relevo se ha celebrado a su debido tiempo, lo que producirá ingresos a la Seguridad Social: bien las cotizaciones de ese trabajador relevista, bien las cotizaciones de un nuevo relevista que sustituya al anterior, bien, si tal sustitución no se produce, el pago de la jubilación parcial a costa del empresario. Pero en ningún caso puede interpretarse una normativa en un sentido tal que se haga recaer sobre el jubilado parcial las consecuencias de un incumplimiento que no es suyo sino

del empresario -al no sustituir al relevista cesado- y que pueden ser extraordinariamente graves en términos de disminución drástica de la base reguladora, y por ende de la cuantía final, de su pensión definitiva cuando se produzca su jubilación completa.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE ARAGÓN DE 25 NOVIEMBRE 2009, Rec. 807/2009**

**RECARGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR ACOSO MORAL,**

Se plantea la aplicación del recargo de las prestaciones de seguridad social causadas a raíz de las dolencias y limitaciones derivadas del acoso moral que un trabajador sufrió durante años por parte de un superior jerárquico, sin que la empresa adoptara ninguna medida para evitarlo y tolerándolo. Tal situación provocó un proceso de incapacidad temporal con el diagnóstico de trastorno reactivo mixto ansioso depresivo.

Considera la sentencia que se han vulnerado las medidas generales de seguridad en el trabajo, e impone la condena de la empresa al recargo del 30% de las prestaciones de Seguridad Social. Además, señala que tal responsabilidad no está excluida por la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo contra la sanción administrativa impuesta por la autoridad laboral.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN /VALLADOLID DE 10 MARZO 2010, Rec. 252/2010.**

**CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES: CONTRATAS DE TELEMARKETING.**

Se plantea una posible cesión ilegal de los trabajadores que prestaban servicios en contrata de telemarketing concertada por una operadora de telefonía.

La sentencia concluye en la existencia de la cesión ilegal, ya que la empresa de telefonía era la que organizaba, gestionaba y dirigía la actividad laboral de los trabajadores afectados, facilitando igualmente los equipos necesarios para el ejercicio de su actividad. Como antecedentes significativos, señalar que el servicio se prestaba en las instalaciones en la principal, que ponía a disposición de los trabajadores la telefonía, algunos equipos informáticos y aplicaciones informáticas, aunque se contemplaba una contraprestación a la contratista por el alquiler de las instalaciones y el coste de los servicios. La organización de la actividad laboral se desarrollaba por la principal a través de un sistema de monitorización conjunta, y a través del personal de la contratista, la principal emitía instrucciones de trabajo, sugerencias, requerimientos de subsanación de errores o fallos denominados “improcedentes” y ordenaba informes, auditorías de trabajo y también escuchas de llamadas de los operarios de la contratista para calificar su rendimiento; por su parte, los coordinadores de esta última empresa venían obligados a comunicar a la recurrente, con frecuencia diaria, todas y cada una de las incidencias que hubieran tenido lugar durante la jornada. La formación correspondiente a los productos y servicios de la principal era recibida, en algunas ocasiones, directamente de ésta. Y las instrucciones para llevar a cabo determinadas funciones y el número de trabajadores asignado a cada una de ellas en cada momento era el que establecía la empresa principal. La organización de las jornadas de los trabajadores de la

contratista, vacaciones y permisos se hacían según el dimensionamiento de las llamadas e instrucciones de operativas recibidas, aunque materialmente la distribución de jornadas y permisos la hacía la contratista en función de tales necesidades de la principal. Y finalmente, la facturación se calculaba en función de la mano de obra empleada.

**SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN /VALLADOLID DE 3 FEBRERO 2010, Rec. 2227/2009.**

**VACACIONES: EN LOS SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL QUE COMPRENDE LA TOTALIDAD DEL AÑO.**

Se plantea de nuevo la problemática de la superposición de la Incapacidad Temporal con la fecha prefijada para el disfrute de las vacaciones, cuando la permanencia en la IT se extiende durante la totalidad de un año.

En estas condiciones, señala la sentencia que la trabajadora había generado el derecho al disfrute de las vacaciones del año anterior, que ha de hacerse efectivo tras la incorporación al trabajo en el año siguiente en cuanto no puede entenderse extinguido por la coincidencia del periodo vacacional fijado por pacto colectivo para el conjunto de la plantilla, puesto que durante el mismo la trabajadora se encontraba en Incapacidad Temporal, sin que tampoco la finalización del año natural implique la pérdida del derecho al disfrute de dicho periodo vacacional, el cual podrá ser disfrutado una vez producida el alta médica y la reincorporación o, si antes se hubiera extinguido el contrato de trabajo, compensado en metálico.

Además, señala que el periodo de vacaciones del año anterior no puede compensarse en metálico, sino que la trabajadora conserva el derecho a su disfrute en especie mediante los correspondientes días de descanso, que se sumarán a los que correspondan al año en el que se ha producido la reincorporación.

**SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 23 NOVIEMBRE 2009, Rec. 4230/2009.**

**CONTRATO EVENTUAL POR ACUMULACIÓN DE TAREAS: FRAUDE DE LEY. DESPIDO NULO POR ENCONTRARSE LA TRABAJADORA EMBARAZADA.**

Se cuestiona el carácter fraudulento del contrato de trabajo eventual suscrito con trabajadora para prestar servicios como auxiliar administrativo para atender el incremento de trabajos de gestión consecuencia del incremento de contrataciones de la empresa en unas determinadas zonas geográficas.

Indica la sentencia que el contrato de trabajo es fraudulento y la comunicación de extinción del contrato por vencimiento del término constituye un despido, pues se hizo constar en el contrato una circunstancia que no se acredita y que en parte al menos es totalmente incierta, pues la actora no prestó servicios en el Departamento de Administración en el que se pretendía que se había producido el incremento ocasional de tareas, mientras que en el Departamento en el que sí ha trabajado la actora no ha habido

ningún incremento demostrado y es más, tratándose de un puesto permanente se ha pretendido cubrirlo mediante la contratación temporal. El despido ha de calificarse como nulo por encontrarse la trabajadora embarazada en la fecha en que se le comunicó el cese.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA /SEVILLA DE 23 MARZO 2010, Rec. 3089/2009**  
DESPIDO NULO: POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD.

Se cuestiona la calificación de la extinción de un contrato de trabajo de obra o servicio por finalización de la obra que constituía su objeto, que había sido objeto de diversas prórrogas, teniendo en cuenta que era el único trabajador que ostentaba la condición de minusválido en el área de la empresa donde prestaba servicios.

La sentencia valora la existencia de indicios de discriminación por razón de discapacidad, y ante la falta de justificación de la extinción del contrato de trabajo declara la nulidad del despido. Indica que se trata de un despido nulo por constituir una discriminación por discapacidad ya que el trabajador venía prestando servicios con la misma carga de trabajo que el resto de sus compañeros, sin constancia de que su rendimiento sea inferior al de aquellos, y con una antigüedad superior a los trabajadores de su misma categoría profesional de su área o departamento que, en cambio, no han sido cesados a pesar de tener contratos temporales de la misma naturaleza.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 16 FEBRERO 2010, Rec. 3259/2009.**  
DESPIDO DISCIPLINARIO: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR.

Se plantea de nuevo el alcance del derecho fundamental a la intimidad en relación con el uso por los trabajadores de las herramientas informáticas que les facilita la empresa. En concreto, se enjuicia el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual de trabajador con categoría de Jefe de Taller por la utilización del ordenador de la empresa para la navegación por Internet para asuntos particulares, tras una auditoría informática donde se había analizado el historial de acceso a Internet del conjunto de la empresa donde se hacía mención sólo a las páginas de Internet visitadas y no al contenido concreto de esas páginas.

La sentencia considera que se trata de un despido improcedente, dado que la medida adoptada por el empresario para acreditar la falta imputada viola el derecho a la intimidad del trabajador, ya que la empresa no había establecido previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- ni había informado a los trabajadores de que se instauraría un control y de los medios que fuera a aplicar en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que se adoptarían en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio informático. Así, la auditoría se ha adentrado en el campo del derecho fundamental del

trabajador, y por ello resulta injustificada y desproporcionada la medida de control que ha adoptado la empresa, porque previamente no se ha comunicado ni a los trabajadores ni a los representantes de estos, las reglas de uso de los ordenadores, porque la empresa no se ha limitado a constatar la seguridad del sistema informático, ya que la auditoría también se ha dirigido a averiguar la utilización, por todos los empleados, de las visitas a Internet; describiendo no solo el número de visitas sino también las concretas páginas visitadas, con lo que el acceso a su contenido, con la consiguiente violación del derecho a la intimidad del trabajador resulta posible para cualquiera que quiera comprobarlo.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA DE 17 MARZO 2010, Rec. 7276/2009.**

**DESPIDO TÁCITO Y EXTINCIÓN COLECTIVA: DE CONTRATOS DE TRABAJO EN EMPRESA EN SITUACIÓN DE CONCURSO.**

Se analizan los criterios de extinción de las relaciones laborales de los trabajadores que han sido objeto de un despido tácito por parte de una empresa, cuando con posterioridad al ejercicio de las acciones de despido se declara a la empresa en situación de concurso, en cuyo seno se tramita un expediente de despido colectivo que comprende a la totalidad de la plantilla.

Para la sentencia, es válido el auto del Juez Mercantil que declara la extinción colectiva de la totalidad de los contratos de empresa en concurso con reconocimiento de la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio, desde el momento en que contempla la posibilidad de incrementarse tales indemnizaciones en caso de prosperar las acciones de despido tácito iniciadas antes de declararse el concurso. Indica la sentencia que no puede prevalecer una extinción posterior en el tiempo frente a la posible existencia de una extinción anterior derivada de un despido que si se reconoce como improcedente produciría la necesaria extinción de la relación laboral, dada la imposibilidad de readmisión por cierre de la empresa (arts 55 y 56 del ET).

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 16 ABRIL 2010, Rec. 3455/2009.**  
**EXTINCIÓN COLECTIVA DE CONTRATOS EN EMPRESA EN SITUACIÓN DE CONCURSO: NO PROCEDE CUANDO LAS PÉRDIDAS DE LA SOCIEDAD HAN SIDO PROVOCADAS POR LOS MISMOS ADMINISTRADORES-SOCIOS.**

Indica la sentencia que no procede la extinción colectiva de contratos de trabajo en empresa declarada en concurso cuando las pérdidas económicas han sido provocadas de forma deliberada por parte de los mismos administradores-socios, que procedieron a la autoatribución de sumas desproporcionadas en concepto de beneficios y salarios convirtiéndose en acreedores principales de una forma absolutamente irregular, con el añadido de una actitud obstaculizadora del conocimiento real de la situación con la destrucción masiva de documentos. En definitiva, no concurre causa para la extinción colectiva de contratos y no es válida la extinción colectiva de contratos aunque sea con el incremento de la indemnización prevista en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores ante el hecho consumado del desequilibrio en la balanza patrimonio-capital.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA DE 23 DICIEMBRE 2009, Rec. 5682/2008.**

**FOGASA: ANTIGÜEDAD COMPUTABLE PARA LA CUANTIFICACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO.**

Se cuestiona cual de ha ser el referente que ha utilizar el Fogasa para cuantificar su responsabilidad en el abono de las indemnizaciones por extinción colectiva de contratos de empresa en concurso. Señala la sentencia que la antigüedad computable para la cuantificación de las indemnizaciones a cargo del Fondo es la que resulta del conjunto de las actuaciones, sin que el Fondo se encuentre vinculado por la fijada en el auto del Juez Mercantil que recoge las estipulaciones pactadas por la administración concursal y los trabajadores, que fija una antigüedad claramente incorrecta. Además, indica que el auto de extinción del Juez Mercantil no produce efecto de cosa juzgada.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 19 MARZO 2010, Rec. 75/2010.**

**EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL: CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA POR CENTRO DE FORMACIÓN OCUPACIONAL PARA PRESTAR SERVICIOS COMO DOCENTE.**

Se trata de una trabajadora contratada como experta docente en Centro de Formación Ocupacional mediante durante varios años mediante sucesivos contratos de obra o servicio determinado e imposición por la Administración de una fórmula de contratación administrativa en el último año para el desempeño de las mismas funciones.

Considera la sentencia que se trata de una relación laboral, ya que lo contratado por la Administración no era una obra o resultado que pueda objetivarse, sino la actividad de la trabajadora como experta docente para impartir una actividad docente a desempleados -propia de dicha Administración- concurriendo las notas de voluntariedad, remuneración, ajeneidad y dependencia a las que el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores supedita la existencia de una relación jurídica de naturaleza laboral. La suscripción de un contrato administrativo únicamente tenía el fin de encubrir la laboralidad de una relación que venía vinculando a las partes desde hace ya varios años con carácter discontinuo que debe prevalecer sobre el “nomen iuris” utilizado por los contratantes, quienes además adolecen de la facultad de decidir o disponer el carácter laboral o no de su vínculo, ya que éste vendrá determinado a partir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 8 ENERO 2010, Rec. 2670/2009.**

**PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO.**

Se trataba de una trabajadora embarazada que prestaba servicios en una peluquería en situación en situación de baja por Incapacidad Temporal por riesgo de aborto que solicita prestaciones por riesgo durante el embarazo.

La sentencia declara el derecho de la trabajadora al reconocimiento de esta última prestación conforme al informe del Servicio de Prevención que da cuenta de los riesgos de su actividad profesional y de la inexistencia de otro puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora, y no cabe invocar como causa genérica de denegación de esta prestación la previa situación de baja de la trabajadora por contingencias comunes, pues esté en activo o de baja por incapacidad temporal, siempre que la actividad laboral constituya o haya constituido un riesgo para la salud de la madre o del feto se habrá generado el derecho a esta prestación.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 12 MARZO 2010, Rec. 3094/2009.**

**PRESTACIÓN DE PATERNIDAD.**

Se plantea la cuestión relativa al plazo para solicitar la prestación por paternidad. Y en este sentido, la sentencia declara que no es necesario que el interesado la solicite dentro de los quince días siguientes al nacimiento del hijo, pues tal solución no sólo carece de amparo legal alguno, sino que contradice frontalmente lo dispuesto en el art. 48 bis del ET, en el que se prevé que el trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo hasta que finalice la suspensión del contrato regulado en el art. 48.4 -suspensión por parto- o inmediatamente después de dicha suspensión.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA DE 25 MAYO 2010, Rec. 2235/2009**

**DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO: MOTIVADA POR INCAPACIDAD TEMPORAL RELACIONADA CON EL EMBARAZO.**

El convenio colectivo de una empresa contempla el abono de un complemento por objetivos cuyo abono supedita a la no superación de un determinado nivel de absentismo individual dentro de cada semestre, que –entre otros supuestos-no incluía como ausencias computables la baja maternal y los períodos de baja por riesgo durante el embarazo, pero sí los de incapacidad temporal por contingencias comunes.

Una trabajadora reclama la cantidad de 4.800 euros en concepto de complemento por objetivos teniendo en cuenta que durante el período de referencia había permanecido de baja por Incapacidad Temporal debida a una amenaza de aborto, lo que no acepta la empresa por considerar que no es equiparable a una baja por riesgo durante el embarazo.

La sentencia concluye en la existencia de una discriminación por razón de sexo, al tratarse de una incapacidad temporal vinculada directamente con el embarazo, por lo que no debía computarse a los efectos de determinar las ausencias que excluyen el derecho al complemento. La restricción de los derechos ligados a la maternidad o la atribución de efectos laborales desfavorables a su ejercicio conecta íntimamente con la prohibición de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras (art. 14 CE), y ha de indicarse que el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo dispone textualmente que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o a la maternidad”. Cuando se produce un trato desfavorable en el trabajo basado en el embarazo, al afectar exclusivamente a la

mujer, la doctrina del Tribunal Constitucional viene afirmando que ello constituye una discriminación por razón de sexo, proscrita por el artículo 14 de la Constitución, pues “la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido.”

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 7 MAYO 2010, Rec. 1632/2010  
DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: CONCESIÓN EMPRESARIAL DE  
REDUCCIÓN DE POR CUIDADO DE HIJOS, IMPONIENDO UN CAMBIO DE  
PUESTO DE TRABAJO QUE IMPLICA UNA MERMA SALARIAL.**

La trabajadora había solicitado una reducción de jornada de trabajo por cuidado de hijos, y la exclusión del trabajo en domingos, lo que se reconoce por la empresa pero imponiendo a la misma un cambio de puesto de trabajo que también implica la supresión de algunos complementos económicos.

Indica la sentencia que no cabe ninguna duda de que la causa única y directa de la pérdida de las funciones de gestora de turno que tenía encomendadas hasta la fecha, con la consiguiente pérdida del correspondiente complemento salarial (comisiones) que retribuía las peculiaridades del puesto, es la solicitud del derecho que legalmente se le reconoce en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, y conforme tiene reiterado la doctrina del disfrute de tal derecho no puede seguirse para la trabajadora perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la Ley, con la única contrapartida para el empresario de no remunerar la parte de jornada que no se trabaja. La dimensión constitucional de la medida contemplada en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 de la Constitución), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.

En el caso, añade la sentencia que resultaba compatible el desempeño de las funciones de gestora de turno en la jornada reducida de la trabajadora con las amplias facultades organizativas de la empresa a la hora de componer los turnos de trabajo en un establecimiento comercial que permanece abierto al público desde las 8.00 hasta las 24.00 horas, de lunes a jueves y viernes, sábado y domingo desde las 8.00 hasta la 1.00 de la madrugada, y en el que se pueden establecer distintos turnos de trabajo, a tiempo total o a tiempo parcial, y distintas responsabilidades a los trabajadores que los desempeñan.

**SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE CASTILLA Y LEÓN /BURGOS DE 11 FEBRERO 2010, Rec. 17/2010.**

**REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS: QUE SUPONE TRABAJAR SÓLO POR LAS TARDES: NO IMPLICA UNA REDUCCIÓN PROPORCIONAL DE LOS DÍAS DE VACACIONES Y DE ASUNTOS PROPIOS ESTABLECIDOS EN EL CONVENIO.**

La trabajadora prestaba servicios con reducción de jornada por hijo menor de 6 años, con derecho a acumular la media jornada de mañana a la media de tarde y trabajar sólo por las tardes. Se cuestiona si la acumulación de jornada en la franja de tarde conlleva la reducción de sus días de vacaciones y días de asuntos propios, entendiéndose que los días de vacaciones y los días de asuntos propios deben suponer jornadas equivalentes a las de cualquier trabajador, es decir, 6 jornadas de trabajo, en el caso de asuntos propios y 24 jornadas de trabajo en el caso de vacaciones. La empresa denegó a la actora el reconocimiento de un determinado número de días de vacaciones y asuntos propios por no haber desarrollado una jornada efectiva de trabajo por espacio suficiente para haber accedido a ello.

La sentencia concluye en la existencia de un trato discriminatorio y reconoce el derecho de la trabajadora a disfrutar de los días de vacaciones reclamados, y a percibir con cargo a la empresa de una indemnización por daños morales. Indica que la LO 3/07, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, señala el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, añadiendo que este principio supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta, por razón de sexo y especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares, y de estado civil, discriminación que se produciría si en el caso de reducción de jornada se disminuyera proporcionalmente el derecho a vacaciones o permisos retribuidos, con lo que además se perjudicaría la finalidad de la norma de favorecer la conciliación de vida familiar y laboral, privando a la trabajadora que hace uso de dicho derecho de reducción de jornada por guarda legal, de disfrutar de las vacaciones que legalmente le corresponden, conjuntamente con su familia, interpretación que vulneraría el contenido del artículo 3.1 del CC, que establece que las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que deberán ser aplicables.

**SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 16 MARZO 2010, Rec. 5749/2009**

**ANTIGÜEDAD: CUANTIFICACIÓN DEL COMPLEMENTO Y CÓMPUTO DE LOS PERÍODOS DE CONTRATACIÓN TEMPORAL PREVIOS.**

Se plantea de nuevo la cuestión relativa a los períodos de prestación de servicios computables para cuantificar el complemento de antigüedad.

La sentencia mantiene con respecto al cómputo de los períodos de prestación de servicios por los trabajadores eventuales que lo determinante no es que el contrato que une a las partes sea el mismo, sino la unidad esencial del vínculo contractual, imponiéndose el trato igualitario entre trabajadores fijos y temporales a efectos de antigüedad, que viene manteniendo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de aplicar el mismo criterio a trabajadores temporales y fijos, cuando -como aquí acontece- se aprecia la existencia entre los contratos celebrados con el hoy actor, de lo que la doctrina unificada del Tribunal Supremo viene denominando como “unidad esencial del vínculo laboral”.

En definitiva, y a los efectos del complemento de antigüedad reclamado deberá computarse todo el tiempo de servicios efectivos prestados para la empresa, cualquiera que sea la modalidad contractual bajo la cual se hayan prestado y sin que se tengan en cuenta las interrupciones superiores a los veinte días, ya que con el complemento de antigüedad se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios, circunstancias que no se modifican por el hecho de haber existido interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador, máxime si tales interrupciones fueron por imposición de este último con las sucesivas contrataciones temporales.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 16 MARZO 2010, Rec. 5503/2009.**  
**SUCESIÓN DE EMPRESAS: EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS.**

Se plantea la existencia de una sucesión empresarial en relación con la adjudicación administrativa que efectúa un Ayuntamiento de la gestión de sus actividades deportivas a una empresa externa, que habría de aportar sus propios recursos materiales y personales, pero lógicamente las actividades se desarrollarían en las instalaciones, pistas y campos del Ayuntamiento.

La sentencia considera que se trata de una sucesión empresarial y que la incorporación de los trabajadores en la plantilla de la contratista no constituye un despido por parte del Ayuntamiento. A estos efectos, señala que todo el equipamiento y material deportivo existente en el centro municipal se ha cedido a la adjudicataria, de donde se ha de concluir que se ha producido una transmisión de elementos patrimoniales de índole material que configuran una unidad económica susceptible de explotación, sin que sea necesario, como ya se dijo, que la empresa adjudicataria sea propietaria de esos bienes. Por lo demás, y ya en la hipótesis no aceptada de que se tratara de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, habría que entender que es de aplicación el criterio de sucesión en la plantilla, pues consta que la adjudicataria ofreció a todos los trabajadores que habían prestado servicios para el Ayuntamiento la posibilidad de seguir trabajando con una contratación ex novo, lo que no fue aceptado por algunos, y en la actualidad hay unos 40 monitores en la nueva contratista que provienen del Ayuntamiento frente a sólo unos 10 monitores nuevos.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN /VALLADOLID DE 15 SEPTIEMBRE 2010, Rec. 1202/2010**

**MODIFICACIÓN SUSTANCIAL: DE LOS TURNOS Y HORARIOS QUE PRODUCE PERJUICIOS A UN TRABAJADOR. DERECHO A LA EXTINCIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO, AUNQUE SE HAYA FORMULADO CONFLICTO COLECTIVO IMPUGNADO LA MODIFICACIÓN.**

La empresa impone una modificación sustancial de carácter colectivo que incide sobre el trabajo a turnos y con ello del horario de trabajo, además de producir una importante pérdida de retribuciones por la desaparición de conceptos variables (guardias, trabajos programados, nocturnidad etc.) así como de beneficios sociales.

Con base en tales perjuicios, un trabajador reclama judicialmente el derecho a la ex-

tinción de su contrato de trabajo con derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, lo que se acepta por la sentencia aunque esté pendiente de resolverse la acción de conflicto colectivo entablada por los representantes de los trabajadores impugnando la modificación de condiciones, al no existir litispendencia.

La posibilidad de rescisión contractual requiere la sustancialidad de la modificación en una de las materias tasadas legalmente y la concurrencia de perjuicios al trabajador y la demandada no niega que la decisión le suponga al trabajador cambio de turnos, cambio de horario y merma en sus retribuciones, ya que desaparecen conceptos variables y lucrativos como guardias, trabajos programados y nocturnidad, e igualmente que acreditó en el acto del juicio que el cambio le impide programar con sus familiares en los cuidados de una explotación agraria que tienen sus padres. Habrá de entenderse pues que los perjuicios -económicos y de otra índole- existen y han sido acreditados, y concurrente igualmente la sustancialidad de la modificación operada por la materia a que afecta, caracteres que por demás ha venido en reconocer la demandada con sus propios actos - al seguir los trámites y procedimientos establecidos en el art. 41 ET -, debe reconocerse el derecho del recurrido a extinguir su relación con abono de la indemnización prevista en el art 41.3 ET.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA /SEVILLA DE 14 SEPTIEMBRE 2010, Rec. 1306/2010**

**CONTRATO DE TRABAJO: ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FIJO POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MEDIANTE SUCESIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES DURANTE MÁS DE 24 MESES EN UN PERÍODO DE 30. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE TRABAJADOR FIJO. LA NEGATIVA DEL TRABAJADOR A SUSCRIBIR EL ÚLTIMO CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL EN UNA JORNADA REDUCIDA NO EQUIVALE A UNA DIMISIÓN, Y LA NEGATIVA EMPRESARIAL AL DESARROLLO DE LA RELACIÓN LABORAL EN LOS TÉRMINOS EN QUE HABÍA ADQUIRIDO LA FIJEZA CONSTITUYE UN DESPIDO IMPROCEDENTE.**

En la sentencia se parte de la adquisición por una trabajadora de la condición de fijo por superarse los períodos de prestación de servicios bajo sucesivos contratos temporales – en el caso, de obra o servicio determinado- durante 24 meses dentro de un período de treinta meses, al amparo del art. 15.5 ET. Con tales antecedentes, se cuestiona si la negativa de la trabajadora en cuestión a suscribir el último contrato de trabajo donde se le imponía una reducción de jornada era motivo suficiente para calificar su conducta como una dimisión que extinguiera el contrato de trabajo, o si, por el contrario supone un despido.

La sentencia considera que se trata de un despido; la conducta de la trabajadora mostrando su disconformidad en la suscripción de un nuevo contrato en el que se le imponía una reducción de jornada no era mas que una manifestación de su discrepancia con la reducción de jornada, pero la asistencia al puesto de trabajo, la firma del contrato aunque fuera con la salvedad dicha, el sometimiento a la disciplina patronal y en definitiva de cumplir la obligaciones inherentes a la relación laboral vigente son una muestra de que con la manifestación de “no estar conforme con las condiciones” simplemente pretendía hacer saber a la empresa su falta de aceptación de la reducción de jornada, que evidentemente debería de impugnar en procedimiento correspondiente. En consecuencia sin perjuicio de las facultades que asistía a la empleadora de reducir la jornada de la actora si concurre una causa justificada, es claro, que el cese acordado era improcedente.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 9 SEPTIEMBRE 2010, Rec. 645/2010**  
DESPIDO: LESIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL.

Se plantea la calificación del despido disciplinario de una delegada de personal al servicio de un Ayuntamiento, partiendo de la existencia de un conflicto entre su Sindicato y tal Ayuntamiento en cuyo desarrollo, la delegada despedida ha formulado una diversidad de reclamaciones de índole laboral, al tiempo que la empleadora imponía recortes en su crédito horario.

La sentencia valora tales elementos como indicios del carácter del despido como lesivo del derecho fundamental de libertad sindical, sin que tampoco pueda considerarse justificado y proporcionado el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual por haber asistido la trabajadora despedida a diversas reuniones de índole intrasindical y de negociación colectiva durante su permanencia en situación de Incapacidad Temporal. Pero, añade la sentencia, no se acreditó por la empleadora que con ello haya infringido prescripción médica al respecto, o una obligación de asilamiento o reposo continuo, o de no concurrencia a actividades sociales de clase alguna, o que con ello se haya retrasado maliciosamente su proceso de recuperación. Por lo que solo queda la opinión interesada de la empleadora con respecto a la persona que es la que representa al Sindicato con el que reconoce estar enfrentada.

Además, la sentencia condena a la empleadora a abonar a la trabajadora una indemnización de 6.500 euros, teniendo en cuenta la existencia de perjuicios indemnizables derivados de la vulneración de su libertad sindical y del ejercicio de su actividad de representación, a lo que puede unirse la publicidad que su situación alcanza, en una pequeña localidad, con la consiguiente incidencia sobre su persona e intimidad. A lo que, además, ha ayudado la publicidad expresamente realizada del conflicto, con fondos públicos, por parte del Ayuntamiento recurrente. Y ello, sin que siquiera se hubiera tenido en cuenta por la juzgadora de instancia el carácter disuasorio que, conforme a doctrina cada vez más extendida, procedente en buena medida del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debe tener toda indemnización, para evitar así la repetición de la vulneración del derecho esencial.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 26 JUNIO 2010, Rec. 1392/2010.**

DESPIDO NULO POR LESIONAR EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL POR CAMBIO DE EMPRESA CONTRATISTA DE LOS SERVICIOS DE SEGURIDAD, CON NEGATIVA DE LA NUEVA TITULAR DE LA CONTRATA A INCORPORAR A UN TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE EXCEDENCIA FORZOSA POR CARGO SINDICAL CON DERECHO A RESERVA DE PUESTO DE TRABAJO

Se formula acción de despido por parte de un trabajador al servicio de una empresa de seguridad en situación de excedencia forzosa por cargo sindical con derecho a reserva de puesto de trabajo -además de ser miembro del Comité de Empresa, ocupaba en CCOO varios cargos en los órganos de dirección a nivel autonómico-, acción que ejercita frente a la nueva titular de la contrata, que no había aceptado subrogarse en su relación laboral. La sentencia de instancia había declarado la nulidad del despido y ha-

bía condenado a la nueva contratista a abonar al trabajador una indemnización por daños morales de 700 euros. La empleadora invocó que la falta de subrogación del trabajador no radica en la actividad sindical del trabajador, sino en considerar que los trabajadores indefinidos en excedencia no pueden ser subrogados, ya que su ausencia del servicio no está entre las ausencias reglamentarias contempladas en el artículo 14 del Convenio Sectorial que regula la subrogación.

Pero la sentencia declara la existencia de un despido nulo, lesivo del derecho de libertad sindical. Considera que la empresa adjudicataria del servicio no puede renunciar a la subrogación del trabajador adscrito al centro de trabajo subrogado que se encontraba en situación de excedencia forzosa con reserva de puesto, por ostentar un cargo electivo a nivel autonómico en Comisiones Obreras, y al no haberlo aceptado así la empresa recurrente, su conducta que entraña una violación del derecho fundamental de libertad sindical al impedir de esta forma el reingreso del trabajador que se vería en todo caso privado de su garantía de reingreso, es merecedora de la nulidad declarada en la sentencia de instancia.

---

**SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 23 JULIO 2010, Rec. 2083/2010**  
**CONTRATO DE TRABAJO: CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE ENCUBRE**  
**LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL.**

Se plantea la existencia de una relación laboral con ocasión de la finalización de la finalización de un contrato administrativo de consejería y asistencia técnica.

La sentencia concluye en la naturaleza laboral de la relación. Bajo la cobertura formal de un contrato administrativo de consejería y asistencia técnica, una trabajadora desempeñaba sus tareas en el centro de trabajo de la demandada (Laboratorio de un Instituto Tecnológico), con los instrumentos de trabajo proporcionadas por la demandada, cumpliendo el horario habitual del mismo, siguiendo los contenidos técnicos definidos por los responsables del laboratorio, llevando a cabo las tareas propias de la actividad del laboratorio incluyendo la formación del personal del laboratorio en el manejo de la cámara, participando en campañas de mediciones en el campo, sin limitarse por tanto a una obra o proyecto concreto y sometándose a la autorización o conformidad de sus superiores (el director técnico y el secretario) para disfrutar de sus vacaciones anuales, esto es, bajo la dependencia de la parte demandada y dentro de su círculo organizativo, concurriendo en consecuencia las notas que definen la relación laboral y evidenciando por ello el fraude en la contratación desde su inicio.

Además, el despido es nulo de conformidad con el artículo 55.5 c) del Estatuto de los Trabajadores al producirse durante la suspensión del contrato por maternidad.

\*\* \*\*\* \*\*