

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

TREINTA AÑOS DE LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD
SINDICAL: PERSPECTIVAS Y RETOS

XXXIV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2016

© Los autores, 2015

ISBN: 978-84-608-7260-3

Impresión y maquetación: Diseño Sur, Industrias Gráficas

Depósito Legal: SE-666-2016

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

TREINTA AÑOS DE LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD SINDICAL: PERSPECTIVAS Y RETOS

XXXIV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Rosa Quesada Segura
Coordinadora

57



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

ÍNDICE DEL CD

PREÁMBULO	9
ROSA QUESADA SEGURA	
CONFERENCIA DE CLAUSURA	
SINDICATO Y SISTEMA DEMOCRÁTICO.....	21
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	
ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXIV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES	33
PRIMERA PONENCIA	
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, REPRESENTATIVIDAD Y AFILIACIÓN SINDICALES: LECTURAS Y RELECTURAS DESDE UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD	37
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
COMUNICACIONES A LA PRIMERA PONENCIA	
REPRESENTATIVIDAD DE LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES: NUEVOS TIEMPOS, VIEJOS PROBLEMAS IRRESOLUTOS	113
(Premio Mejor Comunicación)	
MARGARITA MIÑARRO YANINI	
¿UN SINDICATO DE LA GUARDIA CIVIL? LA INCOMPATIBILIDAD DEL PRINCIPIO ENTRE JERARQUÍA Y DISCIPLINA MILITAR Y LIBERTAD SINDICAL PERSISTE	127
IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ	

“ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CLÁUSULAS DE SEGURIDAD SINDICAL PACTADAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA” 139

CARMEN FERRADANS CARAMÉS

TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE
DEPENDIENTES Y ACCIÓN COLECTIVA:
SITUACIÓN ACTUAL VS NECESIDAD DE CAMBIO 153

JUAN JESÚS GUTIÉRREZ GONZÁLEZ

LA FIGURA DEL SINDICATO MÁS REPRESENTATIVO Y
LA CRISIS DE REPRESENTATIVIDAD SINDICAL 167

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CONSECUENCIAS DE LA UTILIZACIÓN DE LA AUDIENCIA
ELECTORAL COMO VÍA DE ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA.
SUS EFECTOS SOBRE LA AFILIACIÓN 181

PATRICIA NIETO ROJAS

AFILIACIONES SINDICALES ANÓMALAS:
EL CASO ANTÓN ABAD; DE PROFESIÓN, SANTO 193

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

LA FUNDACIÓN Y AFILIACIÓN A SINDICATOS
DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES 205

M^a FUENCISLA RUBIO VELASCO

EL DEBATE ENTRE LEGITIMIDAD GENÉRICA Y CONCRETA: LA
REPRESENTACIÓN UNITARIA 215

MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ

SEGUNDA PONENCIA

NUEVAS FORMAS DE ACCIÓN SINDICAL 231

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

COMUNICACIONES A LA SEGUNDA PONENCIA

ACCIÓN SINDICAL EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES 281

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

PARTICIPACIÓN SOLIDARIA INSTITUCIONALIZADA Y
ACCIÓN SINDICAL: UNA OPORTUNIDAD PARA LA
CREACIÓN DE ÁMBITOS DE COOPERACIÓN 297
PILAR CHARRO BAENA

LIBERTAD SINDICAL: UNA VISIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA 311
ADRIANA MARÍA BUITRAGO ESCOBAR
YANIZA GIRALDO RESTREPO

EXPLORANDO NUEVAS FORMAS DE ACCIÓN SINDICAL
EN LA ACTUAL CONFORMACIÓN DEL MODELO LEGAL DE
NEGOCIACIÓN COLECTIVA 323
SOFÍA OLARTE ENCABO

LOS DELEGADOS SINDICALES: FUNCIÓN Y DERECHOS
EN LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA 339
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

LA HUELGA EN LAS EMPRESAS CONTRATISTAS 357
JUAN PEDROSA GONZÁLEZ

TERCERA PONENCIA

GARANTÍA Y TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL 367
M. MAR RUIZ CASTILLO

COMUNICACIONES A LA TERCERA PONENCIA

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA
LIBERTAD SINDICAL CONFORME AL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS 443
(Segundo premio Comunicación)
MARÍA SALAS PORRAS

OPCIONES PROCESALES EN LA TUTELA
DE LA LIBERTAD SINDICAL 461
(Tercer premio Comunicación)
JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

OPCIONES PROCESALES EN LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

(Premio Segundo Accésit)

José Sánchez Pérez
Profesor Acreditado Contratado Doctor
Universidad de Granada

Sumario

- 1. La tutela de la libertad sindical y su fundamentación jurídica**
- 2. La protección jurisdiccional de la libertad sindical**
 - 2.1. La tutela ante la jurisdicción laboral
 - 2.2. La tutela ante la jurisdicción contencioso-administrativa
 - 2.3. La tutela ante la jurisdicción penal
 - 2.4. La tutela en el ámbito sancionador administrativo
- 3. La concreción de la indemnización resarcitoria en los procesos de tutela de derechos fundamentales**
- 4. Reflexiones y opciones de mejora en el régimen de tutela de la libertad sindical**

1. LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL Y SU FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Uno de los principios fundamentales en que se basa el sistema de relaciones laborales en nuestro país aparece contemplado en el artículo 28.1 CE en el que se reconoce el derecho a la libertad sindical como un derecho de carácter fundamental de todos a sindicarse libremente. En la forma expuesta el derecho de libertad sindical constituye un derecho fundamental de estructura compleja, puesto que en él se integran una serie de derechos de carácter tanto individual como colectivo⁵⁶⁷.

El precepto normativo que aparece como referente en la protección de la libertad sindical es el artículo 12 LOLS. En el mismo se expresa que se consideran nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos de carácter individual y las decisiones unilaterales de los empresarios que puedan contener cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, ofrezcan o no relación con la adhesión a un sindicato o a sus acuerdos, o bien mantengan relación con el ejercicio de actividades de carácter sindical. La respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico frente a las conductas contrarias a los derechos de libertad sindical son de diverso orden. En primer término, se establece una tutela judicial a través de un proceso jurisdiccional especial en el orden social. En segundo lugar, en la medida en que estamos en presencia de un derecho constitucional de carácter fundamental, resulta de aplicación el artículo 53.2 CE motivo por el que cabe la opción de interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. También, en forma complementaria, existe la posibilidad de establecer sanciones penales y de carácter administrativo frente a las conductas antisindicales.

2. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

La tutela que se ofrece frente a las infracciones del derecho fundamental de libertad sindical se establece en el artículo 13.1 LOLS a tenor del cual se considerarán lesiones a la libertad sindical aquellas actuaciones que deriven de actuaciones del empleador, asociación patronal, Administración Pública o cualquier persona, entidad o corporación. En tal caso se podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través de un proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

2.1. La tutela ante la jurisdicción laboral

Para el ejercicio de la tutela del derecho fundamental de libertad sindical cabe recurrir a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales regulada

⁵⁶⁷Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A.: La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008, pág. 247 a 311.

en los artículos 177 a 184 LRJS, si bien no resulta imperativo recurrir a la expresada modalidad procesal, pudiendo el interesado (trabajador o sindicato) canalizar su pretensión a través del procedimiento ordinario o bien a través de indicado procedimiento especial. Así lo rubrica la doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2001 y de 30 de mayo de 2002). Se ha de considerar, además, que cuando se apela a la lesión de la libertad sindical con ocasión de determinadas acciones (véanse las relacionadas con detalle en el artículo 184 LRJS: despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada, materia electoral, etc.) se ha de seguir la modalidad procesal que sea de aplicación a cada una de ellas.

Son varias las características que distinguen el proceso de tutela de la libertad sindical⁵⁶⁸. Entre ellas es destacable en cuanto a la legitimación (artículo 177 LRJS) la eventual participación del sindicato en calidad de coadyuvante. También lo es la intervención del Ministerio Fiscal (artículo 177.3 LRJS) quien ha de velar de modo especial por la integridad de la reparación de las víctimas e interesar asimismo la adopción de las medidas que puedan ser necesarias para la depuración de las conductas que pudieran revestir el carácter de delito. No dejan de resultar llamativas las novedosas precisiones que se llevan a cabo respecto de la intervención del Ministerio Fiscal, figura que seguramente por su práctica procesal habitual no se encuentra demasiado habituada al ámbito social y de quien probablemente habría que esperar una posición más activa e incisiva. Desde mi punto de vista resulta positivo el que se mencione expresamente la conveniencia de que vele por la reparación de las víctimas, por dos razones relevantes: la primera para incitar una postura más dinámica por parte del Ministerio Público en este tipo de procedimientos y, en segundo lugar, para incidir en la conveniencia de que se establezcan medidas reparadoras frente a las situaciones generadoras de daños, considerando especialmente que con frecuencia no existen criterios adecuados, medios probatorios suficientes o parámetros para la cuantificación adecuada del daño.

Otra cuestión procesal de alcance tiene que ver con la inversión de la carga de la prueba (artículo 181.2 LRJS) que se produce cuando el demandante aporte indicios suficientes de la existencia de violación del derecho fundamental en cuyo caso corresponderá al demandado *«la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»*. Una vez que se ha dado cumplimiento por el actor de este primer e inexcusable deber probatorio, corresponde a la parte demandada la carga de acreditar debidamente que su actuación tuvo causas reales ajenas a la preten-

⁵⁶⁸Vid. Boronat Tormo, M.: Algunas novedades del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la nueva LRJS, *Revista de Jurisprudencia*, número 1, 2012 y Bajo García, I.: La tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas, *Boletín Laboral*, 2013.

didada vulneración y que permiten de forma adecuada justificar la decisión que se hubiera adoptado⁵⁶⁹.

La particularidad que se ofrece en relación a la prueba en el proceso de tutela de derechos fundamentales no consiste en liberar al demandante de toda carga probatoria, sino en la menor intensidad que le es exigible respecto del demandado, siendo suficiente con la introducción de indicios de los que de forma racional pueda derivarse la violación del derecho fundamental alegado, desplazándose en tal caso la obligación de justificación por parte del demandado de las medidas adoptadas justificando su proporcionalidad. Téngase en cuenta que, en este caso, se han de alegar circunstancias concretas en las que apoyar la existencia de un trato discriminatorio (así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional existente, sentencias 29/2002, 30/2002, 66/2002, 84/2002, 114/2002, entre otras). No basta pues la realización de alegaciones retóricas o no acreditadas, sin que quepa imponer al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo.

Las garantías aludidas se extienden al resto de los demás procesos y modalidades procesales donde se alegue y haya de dilucidarse la existencia de lesión de un derecho fundamental, independientemente de que no se haga uso de esta específica modalidad procesal.

2.2 La tutela ante la jurisdicción contencioso-administrativa

La tutela de la libertad sindical también despliega sus efectos frente a los funcionarios públicos y el personal estatutario que presta servicios a la Administración corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y como se desprende del tenor exclusivo del artículo 3 c) LRJS, siendo ésta la jurisdicción competente, debiéndose seguir el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales contemplado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

Con la excepción derivada de esta regla general la jurisdicción social alcanzará la competencia a tenor del artículo 2.k) LRJS, cuando se trate de un conflicto interno del sindicato, un conflicto entre sindicatos o cuando la acción de tutela afecte a un sindicato como organización, al margen de que sus afiliados puedan o no ser funcionarios.

2.3 La tutela ante la jurisdicción penal

Las garantías que se establecen no se agotan en los órdenes social y contencioso-administrativo, también se ofrecen en el ámbito penal y administrativo. Las que

⁵⁶⁹Navarro Arias, F.J.: La carga de la prueba en los procedimientos de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf.num.56/20117/2011, pág. 3.

corresponden al orden penal aparecen en los artículos 314 y 315 CP. El primero de estos preceptos (artículo 314 CP) tipifica la conducta de aquellos que provoquen *«una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores...»*, siendo la pena aplicada la de prisión de seis a dos años y multa de 12 a 24 meses. Por su parte, el artículo 315 muestra un elenco diverso de comportamientos integrantes del tipo penal. El primer párrafo penaliza la actuación de aquellos que impidan o limiten *«el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga»*, en tanto que el segundo párrafo contempla como conducta con una pena agravada el que la anteriormente descrita se lleve a cabo a través de *«coacciones»*. Para cerrar el precepto nos topamos con un párrafo 3º cuyo tenor literal parece enfrentarse, en cuanto a su contenido, al espíritu garante de los derechos fundamentales protegidos en los párrafos precedentes. En el aludido precepto se persigue el comportamiento de quienes actúen, bien en grupo o bien de forma individual, de acuerdo con otros coaccionando a otras personas a *«iniciar o continuar una huelga serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses»*. Si indagamos en la justificación histórica de este precepto (artículo 315.3 CP) se puede apreciar que procede del anterior artículo 496 del anterior Código Penal aprobado en plena transición política con la reforma de 1976. La justificación reconocida de la norma pretendía *«hacer frente a la creciente actividad agresiva de grupos organizados que se autodenominan piquetes de extensión de huelga»*. En este contexto el objetivo que subyace radica en la intimidación a las organizaciones sindicales –en ese momento aún clandestinas previamente a la aprobación de la Ley de Asociación Sindical de 1977- así como a los trabajadores más activos en su implicación en los piquetes de huelga. Llama un tanto la atención que el apartado que se comenta se mantuviera prácticamente inmodificado a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Seguramente la ausencia de desarrollo normativo del derecho de huelga ha amparado la vigencia sin modificaciones del precepto que se comenta. Sin embargo, resulta más difícil de entender que el Código Penal de 1995, identificado como el Código de la democracia, haya prorrogado prácticamente la misma norma que en la época de la transición pretendía la incriminación de los piquetes coactivos en el intento de evitar altercados públicos. Más aún resulta llamativo el que no se aplique por los jueces un criterio restrictivo del término *«coacciones»* especialmente cuando el mismo se predica del ejercicio de un modelo de huelga constitucionalizado e identificado como derecho fundamental.

La contradicción que se deduce del precepto comentado incardinado dentro del TÍTULO XV del Código Penal, apartado *«De los delitos contra los derechos de los trabajadores»* se traduce en que existe una significativa mayor represión de los

actos que propician el desarrollo y ejercicio del derecho de huelga que de aquellos que van dirigido a impedirlo. En concreto resulta notorio y ampliamente conocido como el artículo 315.3 CP ha sido utilizado profusamente en clave antihuelga por los Tribunales y la Fiscalía especialmente y con mayor incidencia durante las huelgas generales, mientras que los párrafos primero y segundo apenas cuentan con estadísticas en su aplicación. Resulta paradójico el contraste de los datos que se desprenden de las estadísticas iuslaboralistas, dado que en la jurisdicción social son múltiples las sentencias que recogen la conducta antisindical del empresario al impedir o imponer trabas insalvables para el ejercicio del derecho de huelga, al recurrir a los despidos o sanciones en estos casos, los traslados de centro de trabajo o la contratación de trabajadores para sustituir a los huelguistas. Es por el contrario, mucho menos frecuente encontrar en el ámbito de lo social la constatación de ilícitos por parte de los trabajadores que actúan como piquetes.

2.4 La tutela en el ámbito administrativo

Las garantías de carácter administrativo aparecen recogidas en los artículos 7 (infracciones graves, entre las cuales se encuentra, párrafo 9: «*La vulneración de los derechos de las secciones sindicales en orden a la recaudación de cuotas, distribución y recepción de información sindical.*») y párrafo 10, que concreta que en materia de relaciones laborales lo son «*los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores*») y artículo 8 (infracciones muy graves, entre las que se encuentra, párrafo 8: «*La transgresión de las cláusulas normativas sobre materia sindical establecidas en los convenios colectivos*») y párrafo 10: «*Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento*»).

Se trata de sanciones administrativas que van dirigidas específicamente al empleador y que ofrecen relación con la acción sindical desplegada en la empresa.

3. LA CONCRECIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN RESARCITORIA EN LOS PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Para analizar las fórmulas a través de las cuales se establece el régimen resarcitorio de las conductas que atentan contra los derechos fundamentales hemos de remitirnos a la normativa reguladora. A tal efecto, el artículo 15 LOLS y los artículos 179.3 y 183 LRJS ordenan la reparación de todas las consecuencias derivadas de la violación de un derecho fundamental, incluyendo la indemnización que procediera.

El artículo 15 LOLS establece que: «*el órgano judicial, si entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará la reparación consiguiente de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical*». En este precepto se regula la pretensión indemnizatoria como accesoria a la petición principal.

Mientras tanto la indemnización contemplada en el artículo 183 LRJS (antes 181 LJS) ofrece como finalidad «*resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como (...) contribuir a la finalidad de prevenir el daño*». De entenderse acreditada la vulneración de la libertad sindical, el juez decretará el cese inmediato de la conducta, así como la reparación consecuenta de sus consecuencias ilícitas.

La mayor dificultad reside, una vez reconocido el derecho a fijar una indemnización, en determinar su cuantía. A tal efecto, se ha de tener en cuenta tanto el daño en sí, junto a la vulneración del derecho fundamental, como los daños y perjuicios adicionales derivados, entre los que se encuentran los daños materiales, más fácilmente acreditables y cuantificables.

La destacada sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio vino en su día a perfilar el criterio oscilante que había mantenido el Tribunal Supremo hasta ese momento⁵⁷⁰. Esta sentencia vino a incluir en la indemnización los perjuicios de naturaleza económica que resultan de los gastos soportados por el trabajador como consecuencia de su traslado y de la disminución de haberes salariales que pudieran derivarse de la reducción del tiempo de trabajo prestado. Este aspecto no ofrece una particular dificultad en tanto que el perjuicio que afecta a bienes y derechos de naturaleza económica determina una reparación del mismo signo, cubriéndose la diferencia entre el estado del patrimonio anterior y posterior a la lesión.

De forma genérica, la mayor dificultad aparece a la hora de determinar el lucro cesante, dado que en este supuesto el órgano judicial ha de llevar a cabo cálculos relativos a proyecciones futuras que incorporan criterios de probabilidad. A los efectos expuestos, como interpretó la doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero y 23 de marzo de 2000) el reclamante ha de aportar las bases y criterios empleados para determinar la indemnización reclamada, de modo que si los mismos se omiten la indemnización debe ser rechazada.

El reconocimiento de la existencia y posterior reparación del daño moral ofrece una complejidad de mayor calado, tal y como ha dejado de manifiesto la doctrina jurisprudencial existente al respecto, habiéndose establecido discrepancias relevan-

⁵⁷⁰Vid. Maneiro Vázquez, Y.: El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia tc 247/2006, de 24 de julio, *Dereito* Vol. 22, nº ext.:245-263.

tes relativas tanto a la necesidad de probar la existencia de daño como al cálculo de la indemnización procedente. El centro del debate, previo a la actual regulación normativa, ha radicado en la aplicación a los daños y perjuicios morales del mismo criterio probatorio exigido para los daños materiales pese a la diversa naturaleza de los mismos.

La tesis jurisprudencial que mantenía la necesidad de la prueba del daño para la determinación de la indemnización ha dejado de tener vigencia a partir de la entrada en vigor de la LRJS. A tal efecto, el artículo 179.3 LRJS que contempla los requisitos que ha de tener la demanda expresa que el demandante que reclame a su favor la determinación de una indemnización debe expresar con claridad: los hechos constitutivos de la indemnización, el derecho o libertad que se hubieren infringido y la cuantía de la indemnización, si bien cuando se trata de daños morales vinculados a la vulneración del derecho fundamental (artículos 182 y 183 LRJS) cuando resulte difícil su estimación detallada, deberán fijarse las circunstancias relevantes para su determinación *«incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador»*. De la nueva regulación legal se desprende la inexigibilidad de la concreción de los elementos que identifiquen el daño, así como la obligatoriedad de determinar su cuantía, ofreciendo el nuevo artículo 183.2 LRJS un planteamiento que incorpora criterios de justicia material al facilitar la reparación efectiva del daño así como la prevención de conductas vulneradoras de los derechos fundamentales. A tal fin se establece que será el propio juzgador el que habrá de pronunciarse sobre la cuantía del daño debiendo determinarlo de forma prudencial cuando la prueba de su importe exacto resulte en exceso difícil o compleja, al objeto de resarcir en modo suficiente a la víctima, procurando a ésta en la medida de lo posible, restablecer la integridad de su situación anterior a la lesión.

Se ha de tener presente que la reforma legislativa se produce en concordancia con el criterio mostrado por la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, en la cual se estableció la procedencia de la indemnización por daños morales para los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, de modo que si bien no se alteraba la posición jurisprudencial previa del Tribunal Supremo que precisaba de aquellas *«bases y elementos clave de la indemnización»*, consideró, que resultaba suficiente para evidenciar el daño moral la identificación y descripción de las circunstancias en que la indicada vulneración se había producido.

Según se desprende de la destacada sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, ha de resultar suficiente la aportación de indicios o puntos de apoyo suficientes en los que justificar la sentencia condenatoria. Se advierte –en el supuesto concreto discutido– que cuando un representante sindical es sometido a una situación discriminatoria prolongada como consecuencia del ejercicio de las funciones

sindicales en apoyo de sus compañeros, de intensidad y duración notablemente prolongadas en el tiempo se ha de concluir la acreditación de un maltrato o daño psicológico que, al margen de las condiciones particulares de la víctima, se da en cualquier caso, sin que sea posible en ocasiones facilitar prueba concreta del perjuicio sufrido, ni de su cuantificación monetaria.

Esta destacable sentencia rechaza el posicionamiento de quienes habían denegado el derecho de indemnización cuando no se hubiera justificado de forma debida y adecuada. A tal fin, se argumenta, ha de ser necesaria una motivación razonable y fundada en Derecho para rechazar el derecho a una indemnización por daños vinculados a la lesión de un derecho fundamental (artículo 24.1 CE). Se advierte que la Constitución protege derechos de carácter fundamental y no de forma teórica o ideal, sino como derechos reales y efectivos –como se venía a destacar en la sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, de 4 de octubre–, sin que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades (artículos 9.1, 1.1 y 53.2 CE) puedan derivar en un acto meramente ritual o simbólico –como también advertía la sentencia del Tribunal Constitucional 12/1994, de 17 de enero–.

A modo de conclusión la denegación, exenta de motivación razonable, de cualquier indemnización a un trabajador que ha sufrido un comportamiento lesivo de su libertad sindical de índole, intensidad y duración en el tiempo destacables no puede considerarse suficiente a los efectos de alcanzar una reparación real y efectiva del derecho fundamental que aprecia como vulnerado, quedando en tal caso en evidente situación de desprotección.

4. REFLEXIONES Y OPCIONES DE MEJORA DEL RÉGIMEN DE TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

Si hubiera que realizar una valoración del régimen de tutela de la libertad sindical seguramente tendríamos que reconocer el paso adelante que supone la nueva regulación de la acción procesal contemplada en la nueva LRJS (artículos 177 a 184 LRJS). Sin embargo, desde la perspectiva de un análisis más global se muestran ciertas aristas que impiden concluir que exista una regulación adecuada y coherente con nuestro régimen constitucional.

De entrada «*chirría*» sobremanera la regulación penal que existe contemplada en el TÍTULO XV del Código Penal, en virtud de la cual se persiguen «*los delitos contra los derechos de los trabajadores*».

La valoración que podemos extraer de la aplicación efectiva del artículo 315 CP –*que centra nuestra atención al respecto*– se traduce en una trascendente pasividad de los aparatos policiales y del Ministerio Público en la indagación de las

conductas delictivas ejecutadas por los empresarios, dirigidas a coaccionar o limitar el ejercicio del derecho de huelga. Por el contrario, toda la atención represiva del Estado parece centralizarse en la aplicación del párrafo 3º del precepto comentado, por cuyo motivo parecen perpetuarse los comportamientos y la jurisprudencia preconstitucional.

La consecuencia de la aplicación de esta doble vara de medir se traduce en la práctica irrelevancia de la persecución de delitos contra el derecho de huelga frente a la amplitud de sentencias condenatorias por la participación en piquetes de huelga considerados coactivos. Basta un superficial repaso a las noticias de prensa para apreciar que son múltiples los supuestos en que trabajadores y trabajadoras han sido procesados y condenados por el tipo penal contemplado en el artículo 315.3 CP, aplicándose, además, con frecuencia la pena máxima (3 años) que impide la aplicación de la remisión condicional de la pena y que plantean como única alternativa a la entrada en prisión la del indulto.

Parece adecuado cuestionar a la vista de lo expuesto si resulta conveniente la protección intensiva y a través de un tipo agravado del derecho a no hacer huelga, cuando el derecho de huelga que se reconoce como fundamental en el artículo 28.2 CE lo es en su vertiente positiva y que a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional se traduce en los procedimientos necesarios para asegurar su eficacia. No debería resultar procedente, por tanto, un tipo penal agravado que proceda a castigar de modo más contundente comportamientos que implican el ejercicio de un derecho constitucional que aquéllas que niegan ese ejercicio.

Se muestra conveniente en atención a lo expuesto, y dentro del principio de intervención mínima que rige en el derecho penal, una modificación legislativa que evitara específicamente la tentación de aplicar la sanción penal en los supuestos de «*intimidación moral*» dirigida a aquellos que rechazan iniciar o continuar la huelga, toda vez que el propio ámbito de la huelga se desenvuelve en un espacio de presiones morales contrarias (sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988).

Dentro de las opciones de política legislativa que se plantean cabría proponer la derogación del párrafo 3º del artículo 315 CP, lo que supondría equiparar en un mismo nivel las conductas de expansión de la huelga y aquellas que niegan su ejercicio. La proposición expuesta no parece que ofrezca dudas interpretativas desde la regulación constitucional del derecho de huelga dado que supone colocar la tutela de la libertad negativa al mismo nivel que la positiva. Véase además que aquellos ataques que se produzcan mediando fuerza o violencia frente al derecho de huelga en su vertiente individual negativa pueden incardinarse y están comprendidos también en el párrafo 2º del artículo 315 CP.

Otra propuesta puede venir determinada por la exigencia de concurrencia de «conducta violenta» la cual, en forma notoria, resulta más coherente con el principio de intervención mínima que debe imperar en la determinación de las conductas perseguidas por el Código Penal. Seguramente no escapa a nadie que la aplicación de una pena de 3 años de prisión para actos que no van más allá de la «intimidación moral» resulta algo indiscutiblemente desproporcionado. Y a este respecto no se debe olvidar que el origen del precepto se ubica en un modelo de organización empresarial preconstitucional (regido en su momento por la Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977) declarado parcialmente inconstitucional por la sentencia 11/1981.

Una última cuestión de alcance viene determinada por el posicionamiento del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos, resultando cuestionable el criterio interpretativo que se hace valer en sede judicial con la incriminación generalizada de la actuación de los piquetes a través de unos planteamientos que se podrían calificar como antidemocráticos o al menos incompatibles con los principios fundamentales que recoge nuestra Constitución.

La disfuncionalidad que existe entre la norma penal represiva y la realidad resulta tozuda. Son múltiples los supuestos de condenas visiblemente desmesuradas ante actos realizados por piquetes (participación en un piquete, arrojar pintura a una piscina, etc...) que han acabado con severas condenas de cárcel aplicando la pena máxima posible (3 años) y que han desembocado en el recurso al indulto.

Daba la impresión que la respuesta lógica por parte del legislador debería haber atendido alguna de las propuestas, coherentes con la realidad y la propia regulación constitucional, que hemos analizado. Sin embargo, como describimos a continuación la respuesta ha sido totalmente la contraria. En efecto, en la última reforma operada a través del número 169 del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se ha procedido a rebajar las penas impuestas a los preceptos «protectores» de los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical (hacia los dos años como pena máxima, permitiendo así aplicar la remisión condicional de la pena) en tanto que se mantiene en tres años la pena aplicada a quienes se sirvan de coacción o amenazas para iniciar o continuar la huelga.

Otra cuestión especialmente llamativa es la que tiene que ver con el régimen indemnizatorio que se desprende de la nueva regulación LRJS. La solución por la que opta el artículo 183.2 LRJS facilita el que se ofrezca una indemnización cuando esta posibilidad en el pasado quedaba sometida a un rígido y restrictivo sistema interpretativo.

En el «*debe*» de la nueva normativa habría que considerar que la misma se deja en manos de la «*prudencia*» del juzgador, circunstancia que indefectiblemente lleva a considerar la irrupción del problema de la eventual discrecionalidad, que no hay que confundir, ni supone necesariamente «*arbitrariedad*». Se ha de tener presente que no tiene por qué tener cabida la arbitrariedad si el juzgador identifica correcta y separadamente los hechos, si valora y argumenta, justificando adecuadamente por qué asigna un determinado importe y no otro. Sin embargo parece inevitable que la nueva regulación conduzca a una dispersión de los pronunciamientos judiciales en lo que se refiere a la cuantificación de las indemnizaciones, lo cual puede ofrecer la situación ambivalente de favorecer la idea de independencia judicial pero perjudicar la sensación de certeza ante los pronunciamientos judiciales.

La evidencia flagrante de que algo andaba mal en nuestro sistema de tutela de los derechos fundamentales la encontramos en un ejemplo claro y transparente que ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de julio de 2001⁵⁷¹. En ella se tiene conocimiento de una cuestión litigiosa que afecta a un funcionario del Ayuntamiento de Coria (Cáceres) el cual para la realización de su jornada de trabajo es destinado a un sótano sin luz natural, ni ventilación en una situación que se prolonga durante varios años y que provocó una patología mental determinante de una situación de incapacidad temporal. En esta situación el proceso depresivo-reactivo a que fue sometido el trabajador provocó secuelas en el plano emocional que repercutieron seriamente en su ámbito familiar y social. La Entidad Pública demandada, amparada por un sistema ineficiente a la hora de encontrar respuestas adecuadas ante este tipo de reclamaciones, opuso en su defensa respecto del trabajador que «*su actual situación en el trabajo pasa por la inactividad absoluta*», a lo cual se añadió –intentando derivar toda responsabilidad hacia el «*ocioso*» reclamante que «*el psicópata nace, pero no se hace*». La sentencia finalmente dictada derivó en la confirmación del derecho a una indemnización limitada a 4.500 €, tan claramente irrisoria y tan desproporcionadamente insuficiente que por sí sola permite proclamar la necesidad de uno o varios ajustes normativos que eviten que situaciones como la descrita se vuelvan a repetir⁵⁷², no sólo desde la perspectiva del derecho subjetivo de la víctima sino desde la necesidad de que las resoluciones judiciales de nuestro máximo Tribunal provoquen el efecto persuasivo adecuado respecto de comportamientos no deseados o reprobables.

La nueva regulación normativa en el tratamiento de la indemnizaciones de los daños provocados en la tutela de los derechos fundamentales (artículo 183.2 LRJS) indudablemente puede reconducir situaciones como la descrita. Sin embargo no está de más el recurrir al derecho comparado para –desde una perspectiva gené-

⁵⁷¹ STS 23-07-2001 (RJ 2001\8027).

⁵⁷² Sánchez Pérez, J.: “El acoso moral en el trabajo: una perspectiva global de derecho comparado desde distintos continentes”, *RGDTSS, Iustel*, 35 (2013), págs. 344 a 374

rica- comprobar cómo se solventan situaciones específicas a la hora de tutelar y/o indemnizar la invasión de los derechos fundamentales de los trabajadores⁵⁷³:

* En Francia se ha procedido a la inclusión en los planes de prevención de riesgos laborales de las medidas adecuadas para evitar situaciones de acoso, planteamiento que propicia pasar de una lógica de la reparación a una lógica de la prevención. También se prevé una actuación activa por parte de los representantes de los trabajadores una vez que se tiene conocimientos de situaciones de acoso.

* En el Reino Unido se establece un sistema indemnizatorio fijando un arco de valoración a favor de las víctimas de acoso laboral (de £ 600 a 6.000 en los casos leves, de £ 6.000 a 18.000, para casos más serios y de £ 18.000-30.000) cuando ha existido acoso prolongado en el tiempo⁵⁷⁴, mientras que en Chile se establece una indemnización que abarca desde los 6 a los 11 meses de salario⁵⁷⁵. En la forma descrita se salva la dificultad probatoria respecto del daño causado y, en forma añadida, se muestran criterios indemnizatorios que pueden cumplir una doble finalidad: erigirse en un fuerte factor disuasorio y, de otro lado, paliar o compensar de forma eficaz el perjuicio o daño sufrido por las víctimas.

⁵⁷³*Idem. cit.*

⁵⁷⁴*International Labor & Employment Law Group*, "Bullying, Harassment and Stress in the Workplace —A European Perspective", pág. 17.

⁵⁷⁵LópezFernández, D.: "Legal protection for victims of workplace harassment in Chile", *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 32, N° 1, 2010, págs. 91 a 108.