

DERECHO COLECTIVO

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social
Universidad de Vigo
mfprieto@uvigo.es

REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. Revocación del mandato. Límites. Presidencia de la asamblea que adopta el acuerdo. Prohibición de replantear la revocación hasta que transcurran seis meses.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 20 de enero de 2017 (n.º rec. 4449/2016)

Normas aplicadas:

Arts. 67.3 y 77.1 ET

Art. 1.c) RD 1844/1994, de 9 de septiembre, Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

La cuestión objeto de la litis es determinar la posible nulidad de la convocatoria y celebración de una asamblea de trabajadores. Su único punto del orden del día era la revocación total de la representación legal de los trabajadores de la empresa. La asamblea se celebró sin ser presidida por la delegada de personal, que, pese a que fue convocada a la reunión, no asistió. Además, no se habían dejado transcurrir seis meses desde la convocatoria anterior, que había sido anulada en vía judicial.

El art. 67.3 ET exige, para la revocación de los representantes durante su mandato de cuatro años, el acuerdo por mayoría absoluta de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de, al menos, un tercio de los electores e impide replantear la revocación "hasta transcurridos, por lo menos,

seis meses". En relación con el derecho de los trabajadores a reunirse en asamblea, el art. 77 ET establece que la asamblea "será presidida, en todo caso, por el comité de empresa o por los delegados de personal mancomunadamente, que serán responsables del normal desarrollo de la misma [...]" y acordarán con el empresario "las medidas oportunas para evitar perjuicios en la actividad normal de la empresa". En la instancia y en el recurso se desestima la pretensión.

Transcurrido poco más de un año desde la celebración de elecciones sindicales en Galpgest Petrogal, SLU, por las que se elige delegada de personal, los trabajadores de la empresa presentan escrito en la oficina pública de registro de las elecciones sindicales, comunicando su intención de celebrar asamblea para la revocación de la representación legal de los trabajadores. La convocatoria se anula, tras el allanamiento a la demanda presentada por UGT. Antes de que transcurran cuatro meses del proceso anterior, se presenta de nuevo escrito en la oficina pública, indicando la intención de celebrar asamblea con el mismo punto del orden del día. La delegada de personal es convocada, pero no asistió ni presidió, por tanto, la asamblea. Sí asistió, aunque tampoco la presidió, su suplente, que, además, fue uno de los convocantes. La asamblea empleó analógicamente las normas de la mesa electoral para el nombramiento de presidencia, vocales y secretario de la misma.

A efectos de determinar la nulidad o no de la asamblea, el TSJ recuerda la jurisprudencia del TS contenida en las SSTS de 8 de octubre de 2001 y 15 de junio de 2006, según la cual la asamblea "es el instrumento previsto legalmente para la expresión directa de la voluntad de los trabajadores en períodos intermedios entre procesos electorales; es la traducción práctica del derecho de reunión pacífica reconocido en el art. 21 CE que, por su naturaleza y trascendencia no debe ser limitado más allá de lo que la ley haya establecido, y tiene su consagración en los arts. 4.1, f), 67 y 77 ET". Ello lleva al TS a considerar inaceptable hacer depender la validez de la asamblea de un requisito

formal exigido reglamentariamente –el plazo mínimo de 10 días establecido en el art. 1.c) RD 1844/1994- y no en la ley reguladora del derecho, como requiere la reserva de ley del art. 53.1 CE, especialmente cuando los requisitos legales son suficientemente exhaustivos. Considera el cumplimiento del plazo más un requisito exigible *ad probationem*, para acreditar que la convocatoria tuvo la necesaria publicidad, que *ad solemnitatem* para su validez. Entiende el TSJ que si ese argumento sirvió al TS para considerar que el requisito formal exigido reglamentariamente no podía condicionar la validez de la asamblea, menos podrá hacerlo una mera formalidad que ni siquiera tiene apoyo normativo, como sería la supuesta exigencia de la comunicación por los promotores de la asamblea a la delegada de personal de que esta debía presidir la asamblea. La ostentación de esa presidencia ya viene regulada en el art. 77.1 ET, sin necesidad de comunicación expresa por los promotores.

Mayor problema podría plantear la no presidencia misma de la asamblea por la delegada de personal. Con todo, el TSJ invoca la necesidad de una interpretación armónica de los arts. 67 y 77 ET, a la que ya apeló anteriormente el TS en la STS de 19 de enero de 2004, para afirmar que la inclusión como asunto único de la revocación supone la presentación de una verdadera moción de censura a los representantes de los trabajadores. Ello atribuye a la asamblea unas peculiaridades especiales que son precisamente las que pueden justificar apartarse de la necesidad de que la asamblea sea, en este caso, presidida por los representantes de los trabajadores cuya revocación se insta. Podría eludirse la posibilidad de revocar el mandato, si los representantes, para evitar el final anticipado de su mandato mantuvieran una actitud obstruccionista o pasiva, negándose a asumir la presidencia, no asistiendo a la asamblea o incluso asistiendo sin poner objeción o permitiendo que la presidencia fuera ejercida por otra persona.

Esa misma doctrina, entiende el TSJ, puede oponerse tanto a la falta de asistencia a la asamblea de la delegada de personal como a la no presidencia de la misma por el

suplente de la delegada de personal, presente en la asamblea, pero que no realizó objeción a que otro trabajador la presidiera e incluso fue uno de los convocantes y votó a favor de la revocación.

Menos peso tiene el último de los argumentos del recurso, respecto de la nulidad de la asamblea por no haber transcurrido más de seis meses desde la primera asamblea en la que se acordó la revocación. Al haber sido declarada nula esa primera asamblea, la convocatoria de la ahora enjuiciada no constituye un replanteamiento de una revocación ya intentada y sin efecto sino como un planteamiento autónomo y originario. No debe atribuirse a una asamblea anulada –y, por tanto, considerada inexistente y sin efectos– la cualidad de iniciar el cómputo del plazo de seis meses previsto en el art. 67.3 del ET. Así lo han entendido previamente, entre otras, las SSTSJ de Castilla León de 3 de octubre de 1995, de Galicia de 31 de enero de 2002, o de Navarra de 27 de noviembre de 2013.

LIBERTAD SINDICAL. Representantes de los trabajadores. Celebración de elecciones sindicales sin terminación del mandato anterior. Crédito horario de los nuevos representantes.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 20 de enero de 2017 (n.º rec. 3909/2016)

Normas aplicadas:

Art. 28.1 CE

Arts. 68.e) y 75 ET y art. 9 LOLS

Dirime la sentencia objeto de comentario un recurso de suplicación frente a la desestimación por el juez de instancia de una demanda de reconocimiento de crédito horario por representante legal de los trabajadores, presentada en procedimiento de vulneración de derechos fundamentales. Por su parte, el sindicato al que pertenece el trabajador, formuló denuncia por la falta de reconocimiento del crédito sindical, que finalizó con propuesta de sanción a la empresa

de 636 € por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social por infracción grave tipificada en el art. 7.8 LISOS. La sanción fue, finalmente, revocada en la instancia.

Aunque era costumbre celebrar elecciones sindicales el último viernes del mes de octubre, el comité de empresa decidió adelantar las elecciones sindicales en 2014 en Peugeot Citroën Automóviles España, SA, al estar prevista una semana de inactividad. Registrada el acta ante la Oficina Pública de la Autoridad Laboral, el sindicato CUT interesó de la empresa el otorgamiento del crédito horario para su representante electo. La empresa no accedió a la solicitud. Argumentó que no había expirado el mandato del anterior comité de empresa. La oferta de la empresa de acudir a la Comisión Negociadora de Medidas de Competitividad, fue rechazada por el sindicato CUT por considerar que no tenía legitimación al no haberse constituido el comité y por no habersele concedido el crédito de horas. Reunida la comisión, decidió por mayoría que la negociación se llevara a cabo con las secciones sindicales y no con el comité.

Entiende el recurrente que el adelanto electoral lo es a todos los efectos, por lo que, desde el registro de las actas de las nuevas elecciones, gozaba de una condición que le autorizaba a disfrutar del crédito horario sindical que le fue denegado por la empresa. A su juicio, no puede considerarse que el anterior comité mantenga su vigencia y sus derechos. Aunque alega vulneración del derecho a la libertad sindical, no discute si fue llamado o no a las reuniones en igualdad de condiciones que el resto de los elegidos. Y considera que la sentencia relativa al acta de infracción no es vinculante para resolver un juicio en el que se alega vulneración de un derecho fundamental.

Estima la Sala que, al no haber vencido aún en el momento de la publicación del resultado electoral el mandato representativo del anterior comité de empresa, no cabe una superposición de representantes sindicales que obligue a la empresa a conceder el crédito horario sindical al anterior comité que aún no cesó y al nuevo. La decisión del anterior comité de adelantar las elecciones sindicales no implica

renuncia o revocación del mandato de los miembros del anterior comité, por lo que debe entenderse que la anterior representación sindical sigue vigente. Argumenta, además, que no se aprecia vulneración de la libertad sindical del actor porque al actor le fue ofrecida la posibilidad de participar en las negociaciones, al igual que a los que lo hacían en virtud de mandato todavía vigente.

HUELGA ILEGAL. Incumplimiento de requisitos formales. Integración en el comité de huelga de asesor del sindicato que no es trabajador del centro de trabajo afectado.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 24 de enero de 2017 (n.º rec. 4154/2016)

Normas aplicadas:

Arts. 1.1, 28.2 y 53.2 CE

Arts. 3.3, 5 y 11.d) RD-ley 17/1977, de 4 de marzo

Estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Transportes Pellejero e Hijos, SL, contra la sentencia 334/2016, del Juzgado de lo Social núm. 5 de A Coruña. La empresa presenta demanda de conflicto colectivo frente al sindicato CIG y a las personas que integran el comité de huelga solicitando que se declare la ilegalidad de la huelga convocada por incumplimiento de requisitos formales y por su condición de abusiva, al producir perjuicios graves a la empresa.

La convocatoria de huelga se sustenta en la problemática laboral generada por la finalización del servicio de transporte de residuos y la eliminación de puestos de trabajo, se entiende como consecuencia de la pérdida de la concesión a partir del 1 de marzo de 2016 de la contrata de obras o servicios suscrita por la empresa con SOGAMA el 31 de diciembre de 2003. Integran el comité de huelga un trabajador de la empresa afiliado a la CIG y un asesor sindical del sindicato que no trabaja en la empresa. El 4 de febrero la empresa emite circular informativa al respecto y comunica a los representantes de los trabajadores la

apertura de un período de consultas para la tramitación de un expediente de regulación de empleo, que afectaba inicialmente a 63 trabajadores. El propio 4 de febrero la CIG remite comunicación de convocatoria de huelga indefinida a partir del 15 de febrero, que posteriormente se retrasó al 17 de febrero, comunicación enviada también a la Dirección General de Relaciones Laborales de la Consellería de Trabajo. El 29 de febrero se remite comunicación a la empresa suscrita por 51 de los trabajadores, informando de su incorporación a otra empresa de transportes a partir del 1 de marzo. El 18 de marzo la empresa notifica a los trabajadores afectados y a los representantes legales de los trabajadores que el ERE afectará a 17 de los trabajadores inicialmente incluidos así como la apertura de un expediente sancionador a los 46 trabajadores restantes, que finaliza con su despido disciplinario el 4 de abril. La huelga se desconvocó el 21 de abril.

El derecho de huelga es un derecho fundamental, regulado en el art. 28.2 CE, y con amparo en el art. 1.1 CE como medio de defensa a los intereses de grupos de la población socialmente dependientes. Consiste en la cesación o perturbación en el proceso de producción de bienes y servicios de forma pacífica mediante un concierto de los trabajadores que intervienen en el mismo. Tiene por objeto abrir una negociación, forzarla si se quiere y llegar a un compromiso o pacto. El art. 53 CE permite que el legislador regule las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, respetando en todo caso su contenido esencial. En aplicación al derecho de huelga significa, como mantiene la STC 11/1981, de 8 de abril, que su ejercicio puede quedar sometido en virtud de la ley a procedimientos o requisitos formales, pero en ningún caso arbitrarios. Esos requisitos han de proteger otros bienes o derechos constitucionales y no pueden negar o menoscabar el contenido esencial del derecho.

En el caso del derecho de huelga, su contenido esencial consiste en la cesación del trabajo, que comporta la facultad de declararse en huelga estableciendo su causa, motivo y fin y de elegir la modalidad que se considera más idónea al

respecto, dentro de los tipos afectados legalmente. El art. 3.3 RD-ley 17/1977 exige que la comunicación de huelga contenga sus objetivos, que han de concretarse en el escrito de notificación, como señala la STC 332/1994, de 19 de diciembre, "de forma clara y precisa de tal manera que se eviten las declaraciones genéricas o ambiguas para que el preaviso pueda cumplir la finalidad prevista legalmente". Con todo, estima el TSJ que, en el caso de autos, aunque la motivación no fue excesivamente clarificadora, sí fue suficiente para que la empresa conociera los objetivos de la huelga, al remitirse a la problemática laboral generada por la finalización del servicio de transporte de residuos y a eliminación de puestos de trabajo. Por ello, entiende que no se produjo indefensión y que la huelga no debe ser declarada ilegal por este motivo.

La empresa alega también, como defecto formal, la composición irregular del comité de huelga, ya que el art. 5 RD-ley señala que solo pueden ser elegidos miembros del comité de huelga "trabajadores del propio centro de trabajo afectados por el conflicto" y uno de los integrantes del comité era asesor de la CIG, pero no trabajador del centro. Con arreglo al art. 11.d) entiende la empresa que la huelga devendría ilegal al contravenir el propio RD-ley.

Justifica el TSJ la exigencia de la formación del comité y su composición, invocando de nuevo la jurisprudencia contenida en la STC 11/1981, que destaca la importancia de decidir las personas que integran el comité de huelga, en cuanto que asumen la negociación con el objeto de llegar a una solución del conflicto con el mismo valor que un convenio colectivo y les corresponde garantizar la prestación de los servicios necesarios de seguridad y mantenimiento durante la huelga. Estas funciones justifican la necesaria designación de los componentes del comité de huelga entre trabajadores del centro afectado por el conflicto. Esa exigencia no desconoce, en la interpretación del TC, el protagonismo que corresponde a los sindicatos en el proceso de huelga, por la presencia sindical en el ámbito de las empresas. Revoca, así, el TSJ, la sentencia de instancia y considera la huelga ilegal, conforme al art. 11.d)

del RD-ley 17/77, con apoyo en doctrina judicial de otros Tribunales Superiores de Justicia (SSTSJ de Asturias de 7 de diciembre de 2007, de Castilla La Mancha de 5 de junio de 2015 y de Madrid de 16 de noviembre de 2015).

SINDICATOS. Impugnación de acuerdos de organización sindical. Presentación de candidaturas en congreso. Falta de los avales preceptivos. Modificación de los Estatutos Confederales: disposición transitoria.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 14 de febrero de 2017 (n.º rec. 31/2016)

Normas aplicadas:

Art. 4 LOLS y Estatutos Confederales de UGT

Desestima el TSJ la demanda de impugnación de tres acuerdos de la Mesa del Congreso por el rechazo de candidaturas a órganos de la Federación de Empleadas e Empleados dos Servicios Públicos de UGT de Galicia (FeSP-UGT Galicia) y de la Federación de Empleadas y Empleados de los Servicios Públicos de UGT (FeSP-UGT). El demandante presentó, junto con otros afiliados, su candidatura como Secretario General a la Comisión Ejecutiva Nacional de FeSP-UGT Galicia, acompañada de 37 avales. Se presentaron también candidaturas a representantes en el Comité Federal de la FeSP y en el Comité Nacional de UGT-Galicia, con 34 avales y 37 avales respectivamente, aunque el demandante no formaba parte de las mismas. Las candidaturas no alcanzaban el 25% de los avales de delegados y delegadas acreditadas con derecho a voto exigidos -44, al ser 177 los delegados-. Los Estatutos Confederales habían sido previamente modificados, previéndose expresamente que las modificaciones aprobadas que afectasen a la composición de los órganos confederales y a los requisitos y procedimientos para su elección, serían de aplicación inmediata en el mismo congreso que las aprobó. El art. 90.1 rebaja los avales exigidos para la presentación de candidaturas al quince por ciento. Pero entre el apartado primero y el segundo del

artículo, se recoge una "disposición transitoria" que difiere la vigencia del "art. 89.1" al momento de agotarse el proceso de celebración de congresos ordinarios derivados del 42º Congreso Confederal. Durante los trabajos en la Comisión de Estatutos, se presentó una enmienda para incluir una disposición transitoria vinculada al art. 89.1, cuyo contenido se correspondía con el que, debido a un cambio de numeración, finalmente se aprobó como art. 90.1. Ese cambio de numeración no se recogió en la transitoria, que fue aprobada haciendo referencia al art. 89.1, pese a que se incorporaba en el art. 90.1. El art. 89.1 en los nuevos estatutos no modificó el tenor del art. 88.1 de los Estatutos anteriormente vigentes, con lo que carecía de sentido que una transitoria difiriese su vigencia. La Comisión Ejecutiva Confederal acordó posteriormente la corrección numérica. La exigencia del 25% de avales fue seguida en todos los congresos de ámbito inferior derivados del 42º Congreso Confederal.

En relación con las excepciones alegadas por los demandados, aprecia el TSJ falta de legitimación activa respecto de la impugnación de los acuerdos que inadmitían candidaturas de las que el actor no formaba parte, por carecer del derecho subjetivo o interés legítimo requerido por el art. 17.1 LJS para el ejercicio de la acción. Rechaza, en cambio, la excepción de incompetencia de la Sala de lo social del TSJ de Galicia, teniendo en cuenta que lo relevante para dilucidar la competencia es el ámbito territorial de afectación del conflicto jurídico –el ámbito geográfico que puede resultar afectado por los acuerdos de la mesa del congreso-, con independencia del ámbito del sindicato o del territorio que abarquen los órganos a los que se presentan las candidaturas –dos de las candidaturas se presentaban a órganos de la organización sindical autonómica y la tercera a un órgano de la organización nacional pero para representar intereses de la organización en el ámbito autonómico gallego-.

Y, respecto a la discusión de fondo, desestima la demanda, al entender que son los estatutos, siempre que respeten los límites previstos en la CE y en la LOLS, los que han de

regular el funcionamiento interno de los sindicatos. Entiende que, a pesar de que la transitoria se refiere al art. 89.1, la remisión debe entenderse hecha al art. 90.1, por su ubicación sistemática, la falta de sentido que tendría una remisión al art. 89.1, el cambio de numeración en la tramitación de la modificación de los estatutos, su aplicación pacífica en los demás congresos ordinarios derivados del Congreso Confederal y la propia corrección del error material de numeración con posterioridad. Por tanto, considera que eran exigibles los avales de un 25% de los delegados.

PROCESO JUDICIAL DE CONFLICTO COLECTIVO. Vías previas establecidas en convenio colectivo. Falta de agotamiento.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 22 de febrero de 2017 (n.º rec. 4966/2016)

Normas aplicadas:

Art. 37 CE

Arts. 3.1.b), 82.3 y 91.3 ET

Acuerdo Marco del Grupo Repsol, Resolución de 29 de octubre de 2014 de la Dirección General de Empleo -BOE núm. 275, de 13 de noviembre de 2014-.

Frente a la pretensión del actor, en su calidad de delegado de la sección sindical de la CIG, estimada en la instancia, que reconoce el derecho de los trabajadores afectados a gozar del descanso diario y del descanso semanal sin superposición entre ambos, pudiendo reclamar la compensación de los descansos no disfrutados y debiendo la empresa realizar los cuadrantes de forma que no se produzca solapamiento de descansos, recurre en suplicación la empresa REPSOL PETRÓLEO, SA.

Alega, como primer motivo del recurso, una cuestión de orden público procesal, cual es la falta de agotamiento de la vía previa, por haber planteado el asunto solo ante la

Comisión de Garantías y no ante la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Marco de Repsol, pese a que el convenio colectivo exige el sometimiento a ambas comisiones. Aunque reconoce que la cuestión no fue alegada en el juicio oral en el trámite de contestación, entiende que puede ser examinada en sede de recurso de suplicación al tratarse de una cuestión apreciable de oficio. De apreciarse, comportaría la desestimación de la demanda, con abstención de entrar a conocer del fondo del asunto.

El TSJ considera posible abordar la cuestión en sede de recurso, pese a no haberse alegado en el trámite de juicio oral. Según reiterada jurisprudencia, las cuestiones nuevas no tienen cabida en suplicación, para evitar convertir el carácter extraordinario y revisor del recurso en una segunda instancia. El concepto, de diseño jurisprudencial, se estableció para garantizar que las infracciones alegadas en el recurso guarden armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación y prohibir la introducción como objeto del proceso de cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que, pudiendo ser discutidas solo a instancia de parte, no lo fueron, al entenderse que su inclusión puede producir indefensión a la otra parte. Sí pueden ser alegadas, en cambio, como reconoce la STS de 26 de septiembre de 2001, cuestiones de orden público, que pueden ser apreciadas de oficio por el Tribunal sin necesidad de alegación por ninguna de las partes, como ocurre en el caso de autos.

Si se considera necesario el planteamiento de la cuestión ante la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Marco, su omisión impediría, ex art. 91.3 ET, entrar a resolver sobre el fondo del asunto, al exigirse, cuando la discrepancia verse sobre la interpretación o aplicación del convenio, la intervención de la comisión paritaria con carácter previo a la vía judicial. Ya en un juicio anterior, se había apreciado la excepción por no haber agotado las vías previas establecidas en el convenio colectivo. En concreto, por no haber sometido previamente la cuestión ante la comisión paritaria –la Comisión de Garantías en el convenio de aplicación-. Ello motivó que la CIG remitiese un escrito a la

citada comisión solicitando la inclusión de un punto en la siguiente reunión para corregir el incumplimiento del convenio. Se obvia, no obstante, en aquel proceso la necesaria intervención de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Marco (también con funciones de interpretación, vigilancia y fiscalización tal como se establece en el art. 5 del Acuerdo Marco del Grupo Repsol). El Convenio establece en sus arts. 84 y 85 una doble garantía, pues exige que, con carácter previo a la mediación o arbitraje, se plantee la cuestión tanto ante la Comisión de Garantía del convenio como ante su Comisión de Seguimiento, esto es, ante las dos. También la mediación se considera preceptiva como requisito pre-procesal para la interposición de una demanda de conflicto ante la jurisdicción social por cualquiera de las partes.

Recuerda el TSJ el criterio jurisprudencial unánime seguido desde la STC 217/1991 de 14 de noviembre, en relación con la constitucionalidad del sometimiento de la cuestión a la comisión paritaria del convenio. Se estima que esa exigencia convencional no violenta el art. 24 de la CE y es manifestación del principio de autonomía colectiva. No se puede considerar un requisito dilatorio y carente de eficacia respecto de su finalidad, que es la de resolver el litigio entre las partes. Y con mayor razón tras la reforma del art. 91 ET por RD-ley 7/2011, de 10 de junio, que ha llevado a la jurisprudencia a pronunciarse en el sentido de la obligatoriedad de someter la cuestión a la comisión paritaria aun cuando tal requisito no estuviera previsto en el convenio colectivo (STS de 13 de mayo 2014). Esta misma sentencia indica que no procede otorgar plazo para subsanar el defecto apreciado conforme a lo dispuesto en el art. 81 LJS, que regula la subsanación de "defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso, así como en relación con los documentos de preceptiva aportación con la misma", es decir, de defectos meramente formales o de presupuestos [litisconsorcio; capacidad procesal; representación], o de la aportación de necesarios certificados de los actos de conciliación o de

mediación previa, que inviabilicen -conforme a lo dicho- el buen fin del procedimiento. Señala que el artículo en cuestión, en cambio, no concede a la parte un plazo para corregir el incumplimiento de un requisito de procedibilidad, cual es el sometimiento previo de la cuestión a la comisión paritaria, como de manera taxativa dispone el art. 91 ET.

CONVENIOS COLECTIVOS. Vigencia. Ultraactividad. Inaplicación de revisión salarial limitada a su período de vigencia.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 10 de marzo de 2017 (n.º rec. 5317/2016)

Normas aplicadas:

Arts. 86.3 ET y 3 Cc

Convenio colectivo de Fomento de Construcciones y Contratas (limpeza das redes de sumidoiro, pluviais e outros elementos da Coruña adxudicados por Emalcsa), Resolución de la Delegación Provincial de A Coruña de la Consellería de Trabajo, Boletín Oficial de A Coruña, núm. 269, de 23 de noviembre de 2006.

Se interpone demanda de conflicto colectivo por el delegado de personal de los trabajadores de la empresa Valoriza Aguas S.L. con la pretensión de que se aplique la revisión salarial prevista en el art. 3 de las disposiciones adicionales del convenio colectivo de FCC (limpieza de las redes de alcantarillado, pluviales y otros elementos de A Coruña adjudicados por Emalsa). Pese a la finalización de la duración del convenio, conforme a su art. 2, el 31 de diciembre de 2010 y a que el convenio se considera automáticamente denunciado una vez terminada su vigencia, de acuerdo con el art. 3, "sin necesidad de preaviso alguno", se prevé también expresamente que se mantiene su vigencia "hasta la firma del nuevo convenio colectivo que le sustituya". El problema no radica, por tanto, en la vigencia del convenio sino en la literalidad del art. 3 de las disposiciones adicionales, que si bien prevé incrementos salariales del 5 % sobre las tablas salariales del

año precedente, los vincula a "los cuatro años de vigencia" del convenio.

En ese contexto, la Sala llega a la consideración de que la literalidad de la frase "constituye una disposición de tipo normativo que deviene inequívoca" y "revela que el porcentaje de los incrementos salariales se refería al período de 1/10/2006 al 31/12/2010 y no a los posteriores". La interpretación literal del precepto, sin alusión a los años posteriores, no ofrece al TSJ dudas sobre la intención de los negociadores. A estos efectos, recuerda la doctrina contenida en la STS de 10 de junio de 2009, sobre el amplio margen que ha de atribuirse a los órganos jurisdiccionales de instancia en la aplicación de las reglas de interpretación de las normas y contratos, contenidas en el art. 3 Cc, a las cláusulas convencionales. Esa sentencia afirma que, salvo acuerdo de las partes al respecto o respeto a los mínimos establecidos legalmente, no existe precepto alguno que imponga obligación de revisar los salarios en relación con el incremento de precios al consumo. Y, en relación con la ultraactividad del convenio denunciado y el mantenimiento de su contenido normativo, conforme al art. 86.3 ET, insiste en que la claridad y contundencia de la norma convencional, que contempla la eficacia temporal del incremento, impiden la aplicación de ese efecto en términos contrarios a los establecidos en el convenio. Entiende que se "contravendría la voluntad de las partes negociadoras si, por vía interpretativa, se extendiera la previsión más allá de lo que ellas mismas pactaron".

La aplicación de esa doctrina al caso de autos, determina a juicio de la Sala y en línea con lo resuelto en la sentencia de instancia, el fracaso de las pretensiones de la parte actora-recurrente, al limitarse por el propio convenio los incrementos salariales del 5 % a los cuatro años de vigencia del propio convenio.

CONVENIOS COLECTIVOS. Sucesión de empresa. Concurrencia de convenios. Mantenimiento del convenio de la empresa cedente en situación de ultraactividad.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 10 de abril de 2017 (n.º rec. 2/2017)**Normas aplicadas:**

Arts. 44, 83.2, 84 y 86.3 ET

Se trata en esta ocasión de una sentencia de instancia del TSJ que estima una demanda de conflicto colectivo en la que, ante un supuesto de sucesión de empresa por segregación de una unidad económica y nueva creación de una sociedad mercantil, se solicita el mantenimiento respecto de los trabajadores de la empresa cedente del convenio colectivo de origen en situación de ultraactividad.

SERUNION S.A.U., dedicada a la hostelería, segrega el 1 de abril de 2016 una parte de su actividad, dedicada a la restauración, como unidad productiva autónoma, que pasa a prestar a través de la empresa ARUME, de nueva creación y de la que la primera es socia única. El personal afectado se regía por el Convenio Colectivo de Hostelería para la provincia de Pontevedra, vigente en la fecha de la subrogación. Ese fue denunciado, no constando la fecha pero sí la de la constitución de la mesa negociadora el 13 de octubre de 2016. En julio de 2016 ARUME procede a la modificación unilateral del convenio aplicable y comienza a aplicar el Convenio Colectivo Estatal de Restauración de 24 de febrero de 2016, cuyo ámbito funcional concuerda con el de la empresa. La parte demandante se opone al considerar que el convenio provincial mantiene su vigencia en virtud de la cláusula de ultraactividad contenida en el mismo.

La segregación de la actividad y la creación de la nueva empresa se realizan al amparo del art. 44 ET, puesto que los trabajadores afectados que pertenecían a la empresa SERUNION pasaron a prestar sus servicios en ARUME. Por aplicación del art. 44.4, el convenio aplicable a los afectados hasta su expiración, salvo acuerdo en contrario entre la empresa y los representantes de los trabajadores posterior a la sucesión, es el Provincial de Hostelería de Pontevedra que regulaba las relaciones laborales con la cedente. Esa

aplicación se mantiene "hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida".

El TSJ reproduce la doctrina de la propia Sala sobre la misma cuestión contenida en la sentencia de 3 de abril de 2009, que, a su vez, incorpora la jurisprudencia del TS, con cita de las SSTS de 22 de marzo y 11 de octubre de 2002, 30 de septiembre y 15 de octubre de 2003 y 18 de septiembre de 2006. Afirma que el Convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. La sucesión de empresa operada ex art. 44 ET pretende dar continuidad a las relaciones laborales y a las condiciones de trabajo existentes en la empresa cedente, pero no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, lo que impediría aplicar una regulación homogénea en supuestos de absorción o fusión en una misma entidad de distintos grupos de trabajadores. Por convenio colectivo posterior al cambio de titularidad de la empresa, se puede homogeneizar esa regulación de las condiciones de trabajo. Con todo, y salvo acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores posterior al traspaso, se mantendrá el convenio de origen hasta su expiración o hasta la entrada en vigor de un convenio nuevo aplicable a la entidad transmitida. La referencia del art. 44.4 a la entrada en vigor de otro convenio colectivo "nuevo", no puede entenderse referida a un convenio que ya estaba vigente antes de producirse la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable a la empresa con posterioridad al traspaso.

El art. 3 del Convenio Provincial difiere su vigencia, incluso una vez denunciado el convenio "hasta que entre en vigor uno nuevo" y prevé que "sin denuncia, el convenio se prorrogará automáticamente en todos sus términos por un plazo de un año, y así sucesivamente en tanto no se haga la

correspondiente denuncia". Parece, pues, que en el momento de la subrogación, el convenio estaba prorrogado tácitamente por un año, y consecuentemente en vigor para los trabajadores de la nueva empresa como derecho derivado de la transmisión. Y ello no contradice, a juicio de la Sala, lo señalado en el art. 86.3 ET, que si bien fija un año como plazo máximo entre la denuncia y un nuevo convenio para que pierda su vigencia el anterior, y pueda aplicarse otro de ámbito superior, admite pacto en contrario, que, en este caso, es expreso.

DERECHO DE HUELGA. Vulneración. Sustitución de los trabajadores en huelga mediante medidas de movilidad interna. Indemnización por daños y perjuicios. Huelga intermitente de dos horas por turno de trabajo.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 19 de mayo de 2017 (n.º rec. 597/2017)

Normas aplicadas:

Arts. 24 y 28 CE

Arts. 222 LEC y 96 LJS

Art. 6.5 RD-ley 17/1977, arts. 8 y 40 LISOS y 1902 Cc

Los sindicatos CUT y CIG convocan una huelga en la empresa Peugeot Citroën Automóviles de España S.A., de dos horas en cada turno de trabajo, para el día 5 de mayo de 2015 -6 de mayo en el turno de noche-. Previamente, CUT había convocado una huelga intermitente indefinida para el 14 de noviembre de 2014, también de dos horas cada día por turno, que no llegó a llevarse a efecto y fue declarada ilegal por abusiva en proceso de conflicto colectivo. Al tratarse de una fabricación en línea, una huelga de dos horas por turno puede suponer la paralización de la producción de la planta y de la factoría, con la sola participación de un pequeño porcentaje de trabajadores que estén vinculados a la línea de producción.

Con ocasión de la convocatoria, la empresa publica en el tablón una nota informativa en la que entiende que

concurrer las circunstancias que en la convocatoria anterior llevaron a la empresa a la presentación de una demanda para solicitar su declaración de ilegalidad –carácter abusivo y convocatoria por una minoría sindical del centro y en contra de la posición mayoritaria del comité- y advierte de las consecuencias que la participación activa puede comportar en caso de que la huelga se declare ilegal.

El 5 de mayo visitaba la planta de Vigo el presidente del grupo, coincidiendo con la producción del vehículo 12 millones. Estaban previstas prolongaciones de jornadas y ausencias sustituibles, para acompañar al presidente durante su visita o participar en los distintos eventos organizados con tal motivo. La producción de vehículos durante los días de la huelga (5 y 6 de mayo) fue igual o incluso superior a la prevista. Esos días se realizaron horas complementarias y prestaron numerosos servicios los “monitores”, trabajadores cuya función es suplir ausencias inmediatas en la cadena de producción, al ser elevada la media diaria de ausencia de trabajadores en su puesto de trabajo. En la relación de hechos declarados probados consta solo como acreditado a través de testifical que un trabajador –de los 200 que participaron activamente en la huelga- fue sustituido por un monitor durante las horas de su parada.

Al margen de la demanda presentada por los sindicatos convocantes por vulneración de su libertad sindical por la actuación coercitiva de la empresa, que fue desestimada, y de la denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social por la sustitución de trabajadores durante el desarrollo de la huelga, la CUT y parte de los trabajadores huelguistas presentan demanda por vulneración del derecho de huelga, como consecuencia de la sustitución de los trabajadores en huelga mediante medidas de movilidad interna.

La sentencia de instancia desestima la demanda y los recurrentes solicitan ante el TSJ la nulidad de actuaciones por indefensión, por entender que no debe trasladarse, por carecer del efecto de cosa juzgada material para el caso de autos, la ilegalidad declarada de la primera huelga

convocada a la segunda, en la que tal declaración ni siquiera se ha solicitado por la empresa. Se pretende rebatir, así, el argumento de la instancia de que, al ser ilegal la huelga, los trabajadores huelguistas pueden ser sustituidos sin infringir su inexistente derecho de huelga.

No obstante, para evitar los retrasos que supondría reponer los autos al estado en que se encontraban antes de dictar sentencia, el TSJ entra en el fondo jurídico del asunto, instado por los propios recurrentes. Y lo hace a través del mecanismo de la inversión de la carga de la prueba en los procesos de vulneración de derechos fundamentales –arts. 96 LJS y 217 LEC-. Entienden los recurrentes que el juzgador de instancia no tomó en cuenta los indicios aportados, a su juicio suficientes para invertir la carga de la prueba: la coincidencia entre la producción real y la prevista los días de la huelga, así como el elevado número de monitores que prestaron servicios el 5 de mayo -786 (278 en el turno de 6 a 14 horas, 291 en el turno de 14 a 22 horas, 57 en el turno de 8 a 16.30 y 160 en el turno de 22 a 5.49 horas)-. Como la producción no se resintió, podría considerarse que no solo uno sino todos los trabajadores huelguistas fueron sustituidos. En consecuencia, competiría a la empresa demandada por vulneración del derecho de huelga la prueba sobre si el sector de la cadena al que afectó la huelga era o no esencial para paralizar la producción, si la participación temporal de 200 trabajadores disuelta en cuatro turnos de trabajo era o no suficiente para paralizar o hacer disminuir la producción o si la sustitución de monitores y las prolongaciones de turno se hicieron para suplir a los trabajadores que participaron en las actividades organizadas como consecuencia de la visita del presidente del grupo o para suplir a los trabajadores en huelga.

Por lo demás, la cuestión central objeto de discusión no es, ciertamente, novedosa en el ámbito del TSJ, que ya se ha pronunciado con anterioridad sobre la misma –véanse, entre otras, las SSTSJ de Galicia de 29 de mayo de 2014 y de 14 de abril de 2016-. Se trata de dirimir si la empresa ha incurrido en lo que se ha venido denominando “esquirolaje interno. El art. 6.5 RD-Ley 17/1977 prohíbe sustituir a los

trabajadores huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, lo que impide sin duda la contratación de trabajadores externos. Más controvertida ha resultado, por ello, la posible sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa, el conocido como "esquirolaje interno", ya que en el RD no aparece limitación alguna expresa a las facultades empresariales de movilidad funcional.

La controversia ha sido resuelta por la doctrina del TC (SSTC 123/1992, de 28 de septiembre y 33/2011, de 28 de mayo), en sendos recursos de amparo en los que, frente a la posición del juzgador de instancia y de suplicación y haciendo primar una interpretación finalista del art. 6.5 RD-ley 17/1977 sobre la interpretación literal y *a sensu contrario*, consideró lesiva del derecho fundamental de huelga, consagrado en el art. 28 CE, la cobertura, aparentemente legal, de los puestos de los huelguistas con trabajadores de la propia empresa no huelguistas, que aceptaron voluntariamente asumir dicho trabajo. Y ello, teniendo en cuenta el concepto y la función social de la huelga, al ser la paralización parcial o total del proceso productivo un instrumento de presión respecto de la empresa, para mejorar la defensa de los intereses de los trabajadores y equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria.

Para resolver el litigio deben ser ponderados, de acuerdo con la doctrina del TC y tal como señala reiterada jurisprudencia –entre otras, SSTC de 11 de febrero de 2015 y de 18 de marzo de 2016-, los derechos constitucionales que entran en posible colisión: el derecho fundamental de huelga, la libertad de empresa y el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, que reconoce el artículo 37.2 de la Constitución.

La movilidad funcional de los trabajadores es una potestad directiva que forma parte del *ius variandi* del empresario y que se concibe para ser ejercitada, según el TC, en un contexto de normalidad y con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. La

sustitución interna de huelguistas en un contexto de huelga legítima constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, en cuanto se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, al anular, o cuando menos minorar, la presión legítimamente ejercida por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. No admite, pues, el TC que se pueda concluir, a partir de una interpretación *a contrario sensu* del artículo 6.5 del RD-ley 17/1977, que no existe prohibición de esquirolaje interno, pues ello supondría privar a los trabajadores materialmente del derecho fundamental a la huelga, vaciando su contenido esencial.

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, la Sala considera que, ante la aportación de indicios suficientes de vulneración del derecho de huelga, competía a la empresa acreditar que su actuación fue ajena a cualquier propósito de atentar contra ese derecho. Esa falta de prueba conduce al tribunal a estimar producida la vulneración y a determinar las consecuencias que lleva aparejadas.

Para ello, el TSJ entra finalmente a valorar la petición contenida en la demanda de una indemnización de daños y perjuicios para el sindicato CUT de 50.000 €, incluido el daño moral, así como, para cada uno de los trabajadores recurrentes, de la cantidad minorada en sus nóminas por su participación activa en la huelga. La Sala considera ajustadas a derecho las indemnizaciones. En el caso del daño moral, tiene en cuenta su paralelismo con el reproche que supone la ilícita actuación empresarial que lo provoca, tomando como referencia, a estos efectos, el importe de las multas previstas en el art. 40 LISOS, tal y como reconoció la STC de 24 de julio de 2006. En el caso de autos, al tipificarse como infracción muy grave en el art. 8.10 LISOS, se considera adecuada la indemnización que se fija en el recurso, que estaría en el tramo intermedio de las sanciones impuestas a las infracciones muy graves en el art. 40.1.c) LISOS –de 25.001 a 100.005 €- y en un punto medio.