

las mayorías exigidas para constituir válidamente la Comisión Negociadora del lado del banco social y, además, dado que otras representaciones de trabajadores y empresarios se habían adherido a la comunicación presentada por la autoridad se hubiera podido resolver otras cuestiones de ilegalidad que pesaban sobre el citado Convenio Colectivo Estatal de Supermercados.

§ 67

El daño moral y la pérdida de oportunidad en las lesiones de la Libertad Sindical

por MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Sentencia comentada:

→ STSJ del País Vasco de 12 de julio de 2005 (AS 2005, 2846)

I. EL ASUNTO ENJUICIADO: VIOLACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA Y SUS EFECTOS LESIVOS

La sentencia que se comenta, resuelve sendos recursos de Suplicación interpuestos por los demandantes –sindicato USO y varios trabajadores huelguistas, afiliados a este sindicato, siendo uno de ellos miembro del Comité de huelga– y por la empresa demandada. Tanto la sentencia de instancia –del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria de 22 de noviembre de 2004– como la del TSJ que comentamos, consideran que la empresa demandada ha incurrido en conducta antisindical, violando el derecho de huelga de los demandantes: 1) Por mantener actividad durante algunos días de huelga, con personal externo a la plantilla –de otra empresa con la que compartía instalaciones y parte de su actividad–, y 2) Por la negativa a dejar acceder al Comité de huelga al interior de los locales de la empresa. Estos hechos fueron considerados probados mediante prueba directa y no por indicios, ya que durante los días de conflicto y huelga hubo, previa denuncia, personación de miembros de la Inspección de trabajo en diversos días, que motivaron Acta de Infracción por mantenimiento de actividad y por negativa de acceso al comité de huelga, incluso se produjo negativa de acceso al propio Inspector de Trabajo en alguna ocasión.

Si bien sobre la existencia probada de la conducta antisindical ambos órganos judiciales coinciden con la petición de los demandantes, no ocurre lo mismo respecto a la cuestión de la reparación de los perjuicios ocasionados por tal comportamiento. Así, los demandantes solicitan:

– En concepto de indemnización por los perjuicios económicos irrogados a cada uno de los trabajadores huelguistas –por haber mantenido la empresa la actividad con otros trabajadores externos, haciendo ineficaz la huelga y carente de fundamento su correspondiente pérdida de salarios– solicitan la cuantía correspondiente a los salarios correspondientes a los días de huelga –desde el 7 de enero de 2004 al 22 de febrero de 2004–; y por la prohibición de acceso al centro de trabajo de los integrantes del Comité de huelga, solicitan una indemnización a tanto alzado, por daño moral, de 3.000 euros para cada trabajador.

– En concepto de perjuicio económico causado al sindicato actor, solicita la cantidad de 3.000 euros, por los gastos de defensa judicial de los trabajadores.

Frente a esta petición de reparación de las consecuencias del acto lesivo, la sentencia de instancia la desestima íntegramente porque «el perjuicio alegado por el sindicato no era merecedor de indemnización alguna» y «no se ha acreditado perjuicio individual alguno a los trabajadores» (F.D. Primero); Por su parte la STSJ del País Vasco que se comenta, revoca parcialmente la primera sentencia en lo que respecta a los perjuicios económicos provocados a los trabajadores demandantes: considera que «*habiendo quedado probado que durante los días 12 y 28 de enero de 2004 se desarrolló actividad productiva en la empresa, mediante la sustitución de los trabajadores huelguistas, hay que concluir que durante esas fechas sí se produjo realmente un resultado lesivo, susceptible de ser indemnizado con una cantidad equivalente al salario dejado de percibir en esas fechas, con lo que (...) se restablece el equilibrio roto por subsistir el sacrificio pedido desde la ley a los huelguistas –pérdida del salario– y la realidad de haber sido vaciado su derecho a la huelga por la conducta ilícita de la empresa*» (F. D. Noveno).

Por lo que se refiere a la indemnización por daños morales a los trabajadores, el TSJ confirma su desestimación con el argumento de que no se ofrece elemento alguno del que pudiesen extraerse los parámetros utilizados para llegar a la indemnización postulada por tal concepto, no aludiendo a daño concreto alguno, y porque el hecho de que el Comité de huelga no pudiese acceder a las instalaciones de la empresa no permite apreciar indiciariamente su existencia; es más, considera que de este hecho el perjuicio que se deriva es el de no poder realizar un control efectivo sobre la prohibición de sustitución de los trabajadores huelguistas, lo que a su vez produce el perjuicio económico de pérdida del salario, y si éste se indemniza, aquél no sería indemnizable de forma diferenciada (F.D. Noveno). Por otro lado, considera la sentencia que no procede la indemnización al sindicato por perjuicios económicos, porque no ha quedado acreditado que la defensa de los trabajadores le haya causado gasto alguno –defensa que asume por su condición de afiliados–, y porque esta reclamación no guarda relación con la lesión del derecho fundamental.

Del contenido de esta sentencia, brevemente reseñada, interesa en especial comentar la aplicación que por el órgano judicial se hace del mandato contenido tanto en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1980), de libertad sindical (LOLS), art. 15, como en la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado por RDLeg 2/1995, de 7 de abril (RCL 1995, 1144, 1563) (LPL), art. 181.1, para los supuestos de conductas antisindicales declaradas probadas por sentencia –nulidad del acto antisindical, cese de la conducta antisindical, reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión y reparación de sus consecuencias–; pero lo haremos distinguiendo los efectos lesivos en función de los sujetos afectados: 1) Qué tipo de daño produce al sindicato la misma conducta antisindical y cómo se reparan sus efectos. 2) Qué tipo de daños produce a los trabajadores afectados y cómo se reparan sus efectos. A estas cuestiones dedicaremos el comentario, teniendo en cuenta que, en este caso concreto, la lesión se proyecta sobre un derecho que es titularidad tanto de los trabajadores como del sindicato y que los demandantes son ambos.

II. DAÑO MORAL Y DAÑO ECONÓMICO QUE AL SINDICATO PRODUCE LA CONDUCTA ANTISINDICAL QUE LESIONA SU DERECHO DE HUELGA Y REPARACIÓN DE LOS MISMOS

En todo caso de violación constatada de la libertad sindical, para poder aplicar el mandato contenido en el art. 15 de la LOLS (RCL 1985, 1980) y en el art. 180.1 de la LPL (RCL 1995, 1144, 1563), antes referido, es preciso averiguar primero, en cada caso, qué lesiona el acto antisindical, cómo y en qué medida o cuantificación se produce la lesión –pues en función de cada una de estas variables, la reparación de la lesión habrá de hacerse de una forma o de otra–, y qué efectos ha podido producir, pues, también en función de cuáles sean y quiénes los sufran, la reparación procederá de una forma u otra en función de la naturaleza de dichos efectos.

Esta operación resulta imprescindible y necesaria por la propia naturaleza del derecho en cuestión: la libertad sindical es un derecho colectivo que se les reconoce a sus titulares por el ordenamiento jurídico con una finalidad de defensa de los intereses de los trabajadores; es decir, no es un derecho individual que produce satisfacción y beneficio a su titular, sino un derecho que, libremente ejercido, producirá normalmente beneficios en otros sujetos, esto es, a los trabajadores a los que se dirige la acción o actividad sindical. Por ello, cuando se lesiona el derecho de huelga por la conducta antisindical, este mismo acto produce ya, en sí mismo, un daño –téngase en cuenta que es un acto declarado lesivo, y no puede haber una lesión de derechos que sea inocua o no lesiva–, que también será de naturaleza colectiva. Es el derecho subjetivo en sí mismo considerado lo que en primer lugar resulta dañado; un derecho cuyo ejercicio, por su naturaleza y finalidad, no reportaría beneficio económico alguno al sindicato –al menos directo–, sino a los trabajadores destinatarios de dicha acción sindical –al menos hipotéticamente–. El sindicato se ve privado de ejercer su derecho –o lo ejerce convocando y apoyando la huelga, pero la conducta antisindical lo hace ineficaz por sustitución de los trabajadores huelguistas–; este hecho es un daño en sí mismo, como lo sería privar a una persona de su libertad de opinión, o de movimiento, o de libertad, sin necesidad de plantearnos aún si de este hecho lesivo, además, se han derivado otras consecuencias lesivas adicionales.

El mecanismo de reparación de los derechos subjetivos que prevé el ordenamiento en general, es el de la reparación *in natura* cuando ello sea posible; así también lo prescribe la normativa laboral que, además de exigir la declaración la nulidad del comportamiento lesivo y su cese inmediato, impone la tutela restitutoria o reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión. De esta forma, la sentencia que se dicte en el proceso de tutela de la libertad sindical –art. 181.1 LPL– permitirá al sindicato ejercer aquella facultad o derecho integrante de la libertad sindical que antes se le ha impedido por el sujeto infractor –por ejemplo si se le ha denegado algún derecho material, crédito horario, convocar elecciones, participar en una negociación, o celebrar una asamblea, etc.– restableciéndose así, en parte, la situación.

Pero téngase en cuenta que la conducta antisindical habrá provocado, durante el tiempo que la misma o sus efectos permanezcan, una situación ilícita de desconocimiento o violación de derechos –en este caso un derecho fundamental–, en la que su titular no habrá podido ejercerlo, con independencia de que después de la sentencia sí lo pueda hacer; habrá existido un sufrimiento –en Derecho civil *pretium doloris*–

del titular del derecho que por su propia naturaleza es de carácter moral¹ y, por ello, irreparable *in natura*, de ahí que sólo se pueda compensar mediante indemnización², como todos los daños morales, porque el daño está ya producido y no puede desaparecer, sólo se compensa a su titular por ese daño sufrido³.

En la conceptualización dogmática de este tipo de daño es donde se encuentra el verdadero nudo gordiano de la reparación de las consecuencias lesivas de la conducta antisindical, pues, según la interpretación jurisprudencial que se viene haciendo al respecto, el mismo no es compensable económicamente si el sujeto lesionado no prueba, además, que de dicho daño se han derivado otros⁴. Entendemos que se trata de una consideración errónea pues, a lo sumo, lo que corresponde en estos casos es que por parte del titular se especifique, en su caso concreto, en qué tipo de circunstancias o contexto se ha producido la lesión o daño moral –cosa que ya se habrá hecho al probar la misma conducta antisindical– con la finalidad de que por el juez *a quose* valore y cuantifique el daño, según las circunstancias del caso⁵ –como pueden

1. Que las personas jurídicas también pueden experimentar daño moral, es algo reconocido por el mismo TS; así, en su **STS 20.2.2002 (RJ 2002, 3501)** (Sala de lo civil) establece que: «Finalmente, en cuanto al daño moral, que se cifra en diez millones de pesetas y que mantiene la sentencia de apelación. El motivo realiza una interpretación incorrecta del daño moral que equipara al sufrimiento psíquico o espiritual sólo predicable del ser humano, y no cabe referirse a la gran preocupación y alarma de los órganos sociales de gestión de la sentencia del Juzgado, puesto que los órganos sociales, dice el motivo, ni sufren, ni padecen y hubieran tenido que ser reclamados por las propias personas físicas y no por la jurídica. El daño moral es el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas. Ya la añeja sentencia de 31 de marzo de 1930 (RJ 1930, 816) se refirió en sentido afirmativo a las lesiones al prestigio mercantil de una persona moral o jurídica que sufría la afrenta. (...) A diferencia de los entes físicos en que el daño moral se traduce en sufrimiento, angustia, preocupación, en los entes jurídicos se manifiesta en el prestigio y estima moral en el concepto público que aquí ha alcanzado la resonancia que proclama el "factum" y que cuantifican los órganos de instancia al venirles así atribuido dicho cometido –sentencias, por todas, de 15 de diciembre de 1982, 18 de julio (RJ 1996, 5893) y 9 de octubre de 1996– y que no consta haya incurrido en equivocación o error por lo que debe mantenerse».
2. No obstante, según J. L. GONZÁLEZ, «La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical», *Tecnos*, 1996, pg. 21, la violación de la libertad del sindicato también le produce un descrédito ante los trabajadores, por lo que la indemnización, además de compensar, ha de consistir en una «tutela reparadora (que) se propone la restitución de la confianza o credibilidad en la acción sindical y, a la vez, el objetivo profiláctico de conservación del estado de libertad sindical».
3. Según afirma R. ÁLVAREZ VIGARAY, «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil Tomo XIX*, Fascículo I, 1966, pgs. 81 y ss., el dolor del que sufre un daño moral no desaparece con la indemnización, pero se pueden sosegar y neutralizar con una alegría proporcionada, de manera que el daño sufrido se compensa con las comodidades y satisfacciones que el dinero puede procurar. En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala 2ª, de 4-7-1985 (RJ 1985, 3953), cuando dice que los daños morales consecuencia de una infracción, como el deshonor, la deshonra, la tristeza... «pueden ser compensadas por una cantidad de dinero que devuelva el bienestar perdido como consecuencia del delito y que proporcione unos goces que equivalgan a los arrebatos por la ejecución de la infracción...».
4. La misma STSJ que comentamos aplica esta doctrina, que es la que reiteradamente mantiene el TS desde su sentencia de 22 de julio de 1996 (RJ 1996, 6381), y posteriores, como las de 20 de enero de 1997 (RJ 1997, 620); 2 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1251); 9 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8917); 28 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2242); 25 de febrero de 2004 (RJ 2004, 3276); 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 5150), entre otras. Según esta doctrina, para poder adoptarse el pronunciamiento condenatorio es de todo punto necesario, que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos claves de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que respalden dicha decisión; y, en segundo lugar, que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que poder asentar una condena de tal clase.
5. Así se pronuncia la STS de 23.12.2003 (RJ 2004, 2004), según la cual «... es de significar que el establecimiento en la ley de la reparación de las consecuencias derivadas del acto lesivo del derecho fundamental, incluida la indemnización que procediera, es algo que se halla previsto en el art. 180.1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563) y corresponde al órgano judicial de instancia, una vez que le ha

ser la duración de la lesión, el tipo de derecho lesionado, el número de trabajadores afectados, la previsible pérdida de afiliados, desprestigio, pérdida del momento adecuado para la acción sindical en el conflicto, etc...–. En definitiva se trata del contexto y características de la misma conducta antisindical que, por ello, su constatación no exigirá prueba plena, sino presunta e indiciaria; lo primero por haber quedado ya probada la lesividad del acto, y lo segundo porque para la misma constatación de la conducta antisindical sólo se exige prueba indiciaria por la ley.

Sin embargo, en el caso de que la violación se produzca sobre el derecho de huelga, como ocurre en el presente, la forma de tutela restitutoria *in natura* de la que hablábamos en primer lugar, no puede aplicarse porque deviene imposible, pues se trata de un derecho cuyo ejercicio precluye o se consume, igual que se ha consumado la misma conducta antisindical⁶; es decir, en este caso la tutela restitutoria no sería operante pues resulta difícil, cuando no imposible, que se pueda volver a convocar otra huelga en las mismas circunstancias y momento que la primera vez; por ello entendemos que en este caso la lesión en el derecho subjetivo sería irreparable por otro derecho de la misma naturaleza y, en su virtud, sólo compensable económicamente en concepto de daño moral. De esta forma, el sindicato debería obtener una única indemnización en concepto de daño moral que englobase, no sólo el daño por no haber podido ejercer su derecho, sino también por daño de no poder volver a ejercerlo –aunque téngase en cuenta que en el asunto que enjuicia la sentencia que comentamos, el sindicato no pide indemnización por daño moral a sí mismo, sino el causado a los trabajadores–.

Lo dicho hasta ahora, lo es sin perjuicio de que, al margen del daño moral, se le haya producido algún daño económico al sindicato en su patrimonio; discrepamos del argumento de la sentencia comentada por el que desestima la indemnización económica que pide el sindicato en concepto de gastos de litigio por su propia defensa y la de los trabajadores demandantes, ya que: 1) Aunque sean afiliados, la preparación y defensa del asunto conlleva unos gastos que tendrá que hacer el sindicato –y que igualmente le hubiera supuesto dicho gasto aunque no demandasen los trabajadores, sino sólo el sindicato–, y 2) Sí guarda relación con el derecho sindical lesionado, pues no es más que otros de los efectos de la conducta lesiva –de no haberse producido ésta, no hubiese sido necesario entablar acción judicial de tutela–.

III. DAÑO MORAL Y PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD QUE PRODUCE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA A LOS TRABAJADORES AFECTADOS Y SU REPARACIÓN

Se produce en el caso que enjuicia la sentencia que comentamos, la singularidad de que el derecho lesionado en cuestión es también de titularidad individual de los trabajadores, como es el derecho de huelga. Por ello, en este caso, coinciden los tipos de daños que hemos referido anteriormente como causados al sindicato, aunque con algunas particularidades. Coincide la irreparabilidad *in natura* del derecho de huelga porque aunque los trabajadores puedan iniciar otra medida de presión posterior a

esto alegado tal perjuicio, el llevar a cabo la valoración del mismo en los términos que, a su juicio, se deduzcan de los elementos probatorios llevados a cabo por las partes».

6. Según la STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6446) (FD 3), en palabras del TS «la conducta lesiva de la libertad sindical no tiene por qué ser necesariamente continuada, y puede consumarse y agotarse en el mismo instante en que se produce la lesión del derecho fundamental».

la sentencia, ya no será la misma que se lesionó, por lo que sólo cabría la compensación por daño moral consistente en no poder volver a ejercer ese mismo derecho dentro de su contexto. En este caso la particularidad con respecto al sindicato radica en la cuantificación del daño moral, pues cuando los trabajadores ejercen el derecho de huelga sí lo hacen con una finalidad de obtener beneficio propio y no ajeno, por tanto las circunstancias concretas a tener en cuenta habrán de ser distintas en su ámbito y extensión; habría que valorar judicialmente una serie de circunstancias referidas al ejercicio de la huelga, como la causa de la huelga, su finalidad, duración, volumen del conflicto y los posibles resultados que se perseguían con esta medida de presión, pues en función de ello podrá tener el juzgador los parámetros necesarios para cuantificar el daño moral que compense por la pérdida definitiva de la eficacia de dicha huelga. También se produce, además, como en el caso del sindicato, el daño moral por el sufrimiento de haberse visto privado de ejercer un derecho fundamental, también con la particularidad de su cuantificación, pues no padece en igual forma el sindicato como persona jurídica que el trabajador como persona física; en este caso el daño moral se proyecta sobre los sentimientos de la persona, por lo que habrá de valorarse a ésta en su contexto. Habría que estimar, pues, una única indemnización por daño moral que tuviese en cuenta esta doble proyección del mismo, valoración y cuantificación que, repetimos, es una tarea que le corresponde efectuar al órgano judicial en función de las circunstancias del caso.

Sin embargo, la sentencia analizada considera que no procede la indemnización por daño moral, por aplicación de la que viene siendo doctrina reiterada del TS, que se cita en estos términos: «Tiene declarado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, desde su sentencia de 22 de julio de 1996 (RJ 1996, 6381), hasta las más recientes de 17 de enero (RJ 2004, 1478), 11 de abril (RJ 2003, 4525) y 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 6941), entre otras, que el precepto cuya infracción denuncia el recurrente, ha de ser interpretado en el sentido de que para que pueda condenarse a la entidad conculcadora del derecho fundamental al pago de una indemnización de daños y perjuicios, el actor debe cumplir una doble exigencia: 1ª) expresar en el escrito de demanda las pautas que ha utilizado para fijar la cantidad correspondiente a cada partida indemnizatoria, o, dicho en otras palabras, las bases de cálculo que permitan conocer los cauces por los que ha llegado a su determinación; y, 2ª) acreditar en el proceso que se ha producido un perjuicio a consecuencia de la conducta ilícita o, cuando menos, aportar el proceso indicios suficientes de su existencia» (F. D. Octavo). A mi entender esta doctrina confunde la conceptualización del daño moral –cuando de libertad sindical se trata– con la cuantificación del mismo, lo que supone un doble agravante: por un lado, supone que la privación a su titular del ejercicio de un derecho fundamental, de carácter instrumental, no es un daño en sí mismo considerado –bastaría con declararlo lesivo, pues ni se puede reponer ni ordenar un cese que ya se ha producido–; y por otro lado, que la exigencia de aportar al menos indiciariamente los parámetros –lo que equivale a circunstancias del caso– se exige a los efectos de probar la existencia de otro tipo de perjuicios distintos al moral –que en sí mismo no es objetivable–, cuando dichos parámetros sólo han de servir a los exclusivos efectos de la cuantificación que del daño moral tiene que realizar el órgano judicial.

La consecuencia de la aplicación de esta doctrina al presente caso da como resultado, según la STSJ, el considerar que la negativa de acceso al Comité de huelga a las instalaciones de la empresa ha producido como resultado lesivo el que la em-

presa pueda sustituir a los trabajadores huelguistas⁷, y esto a su vez ha producido a dichos trabajadores un perjuicio económico consistente en perder los salarios correspondientes a los dos días en que han sido ilegalmente sustituidos, por lo que compensado estos dos días de salarios, ya se considera reparado el único daño existente, esto es, el económico, sin que la doble conducta antisindical produzca, al parecer, ningún tipo de daño moral. Si sólo se repara la pérdida del salario, la situación real que se produce, tras la sentencia, es la misma que si no se hubiese convocado huelga; es más, puede suponer una incitación a la lesividad del derecho de huelga, pues reparando los días de sustitución de huelga se consigue el mismo efecto que si no se hubiese convocado huelga, esto es, la inexistencia o ineficacia del instrumento de presión.

Y es que, en todo caso, hay que tener en cuenta que la pérdida de esos dos días de salario es todo lo más, un daño accesorio, que ni siquiera es el perseguido por el infractor⁸ –aunque no cabe duda sobre la necesidad de su reparación–; el verdadero daño económico consiste en que los trabajadores en conflicto han perdido, con la anulación de la eficacia del ejercicio de huelga, la oportunidad de haber hecho presión y, con ello, de haber alcanzado un pacto más favorable económicamente para sus intereses –que es precisamente lo que pretende evitar el infractor con la conducta antisindical–. Se trata de un tipo de daño indemnizable, existente y conocido en el ámbito civil como la pérdida de oportunidad.

En efecto, el colectivo de trabajadores potencialmente beneficiarios de los resultados de la actividad sindical que no se ha podido desarrollar normalmente por la existencia de violación de la libertad sindical, van a resultar afectados con unos perjuicios económicos, consistentes en dejar de obtener los resultados que, en sus condiciones de trabajo, les hubiera podido procurar la acción sindical ilegalmente cercenada, como por ejemplo, un aumento salarial, reducción de jornada, limitación de los despidos económicos pretendidos por la empresa, o cualquier otro resultado posible de la actuación sindical lesionada⁹; resultados que obviamente no dejan de ser aleatorios, pero cuya posibilidad de obtención, aunque sea mínima, queda cercenada con la conducta antisindical, que pretende precisamente eso.

7. Téngase en cuenta que, en realidad, se trata de dos comportamientos antisindicales, en el que uno de ellos tiene como finalidad lesionar una facultad o derecho que, a su vez, sirve como medio o instrumento para ejercer otro derecho protegido, que también se lesiona; pero estamos ante dos actos empresariales dañinos que lesionan un mismo derecho, el de derecho de huelga, que han privado al titular de éste de dos facultades o derechos específicos integrantes del genérico derecho de libertad sindical, lo que repercutirá en la cuantificación del daño y su reparación o, en su caso, compensación, según expongo en «Los efectos patrimoniales causados por la conducta antisindical del empresario», Bomarzo, 2005, pgs. 42 y siguientes.

8. Debe recordarse, no obstante, que, como advierte el Tribunal Constitucional en su sentencia 66/2002, de 21 de marzo (RTC 2002, 66) «la perturbación lesiva de este tipo de derechos puede cobijarse tanto en una estrategia empresarial como en un quebrantamiento objetivo, al margen de aquella voluntad o intencionalidad. En las SSTC 107/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 107), y 225/2001, de 26 de noviembre (RTC 2001, 225), ya establecíamos la posibilidad de apreciar una conducta antisindical caracterizada por el resultado para el derecho o bien objeto de tutela y no por la intencionalidad del sujeto que la lleva a cabo, al margen por tanto de factores psicológicos y subjetivos de arduo control».

9. Algunas sentencias tienen en cuenta que los trabajadores pueden resultar afectados en sus intereses económicos por la lesión de la acción sindical, como la STSJ de Galicia de 14-7-1992 (AS 1992, 3863) y STSJ Madrid 16-11-1992 (AS 1992, 5709), que, en procedimientos iniciados por demandas interpuestas por sujetos colectivos cuyos derechos habían sido violados por actuaciones empresariales, recogen condenas de indemnizaciones en favor de los sujetos individuales afectados, que ni siquiera son parte del proceso en que se imponen las indemnizaciones. Si bien, entendemos que dicho interés económico afectado no se refiere en exclusiva a los salarios dejados de percibir durante la huelga, sino a los posibles

Estaríamos, pues, en presencia de un daño con las siguientes características: 1) De naturaleza patrimonial o económica, pues afecta al patrimonio de los trabajadores; 2) real y cierto, consistente en perder una oportunidad, es decir, el daño no consiste en perder esos beneficios o mejoras sobre los que no existe seguridad de que se hubiesen producido —pues si existiese certeza acerca de producción de los mismos, estaríamos ante otro tipo de daño que sería el lucro cesante— sino que consiste en perder la oportunidad de haber conseguido unos beneficios o mejoras, pérdida ganancial que reúne el requisito de probabilidad o verisimilitud exigido por la doctrina y jurisprudencia civil para ser considerado como un daño real, cierto e indemnizable; 3) Es un daño que deriva directamente del acto empresarial calificado como contrario al derecho de libertad sindical, por lo que es una consecuencia más del acto lesivo que habrá que reparar, por mandato legal. Se cumple así con el requisito exigido de existencia de nexo de causalidad entre la conducta infractora y el daño.

Cuestión distinta es el alcance o dimensión de este tipo de daño consistente en pérdida de oportunidad, ya que no es lo mismo que se prive a una sección sindical de local adecuado, que el que se le impida negociar un convenio colectivo. Por tanto, el alcance y cuantificación de este daño dependerá de la concreta facultad o derecho integrante del derecho de libertad sindical, lesionado; en todo caso, la valoración del daño y su cuantificación es algo que compete al juez que enjuicie los hechos, quién a través de la libre apreciación judicial, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, gravedad de la lesión, número de trabajadores afectados y posibles beneficios o posición ventajosa obtenida por el infractor, habrá de valorar y cuantificar esta pérdida de oportunidad a efectos de su reparación económica.

IV. CONCLUSIONES

Dada la complejidad inmanente a la materia de daños y su reparación en general, es patente que en el ámbito de las conductas antisindicales las dificultades son aún mayores; ello no obstante, dichas dificultades no tienen por que conllevar una exención en la aplicación de las consecuencias jurídicas que la normativa laboral prevé para las conductas antisindicales, sobre todo teniendo en cuenta la categoría fundamental del derecho de libertad sindical y la función constitucional que cumple. Los daños que hemos descritos como derivados del acto lesivo, se pueden constatar y cuantificar si previamente se tiene en cuenta la naturaleza del derecho lesionado y su funcionalidad; a partir de este presupuesto bastará con la constatación de las circunstancias concretas de cada caso. Es esto mismo lo que se hace cuando se enjuician lesiones en otro tipo de derechos, en los que las dificultades de constatación y cuantificación de los daños, sobre todo el moral, no impiden que se reparen adecuadamente.

La sentencia que hemos comentado, y en general la doctrina jurisprudencial existente en la materia, no presentan especial problema para la constatación de la existencia de la conducta antisindical y considerar lesionado el derecho de libertad sindical; sin embargo, esta declaración por sí sola no es suficiente; en nada satisface al titular del derecho obtener una resolución donde se declare que se ha lesionado

mejores condiciones de trabajo que se perseguían con la medida de conflicto y que ya han quedado sin posibilidad —o con bastante menos posibilidad— de conseguirse por la conducta antisindical.

su derecho de libertad sindical, si ello no va acompañado de las medidas que reparen las lesiones producidas en su derecho. Es precisamente en este punto donde estriba la dificultad para los órganos judiciales, apegados a una excesiva patrimonialización del daño que les lleva a tener en cuenta sólo aquellos daños económicos patentes, que se pueden probar plenamente —en la sentencia comentada, por ejemplo, sólo y exclusivamente se tienen en cuenta los salarios de los dos días en que los trabajadores fueron sustituidos durante la huelga— y no otros, como el daño moral o el daño consistente en la pérdida de oportunidad que sufren los destinatarios de la acción sindical que se ha lesionado que, así, pierden toda posibilidad de conseguir las mejoras en sus condiciones de trabajo a través del instrumento del que han sido dotados por el ordenamiento constitucional al máximo nivel en escala de valores. De esta forma el derecho fundamental agota su virtualidad en el mero reconocimiento institucional del mismo.

Resulta, pues, necesario construir doctrinal y jurisprudencialmente una dogmática sobre los daños que producen las conductas antisindicales y las formas adecuadas de repararlos; mientras ello no se lleve a cabo, seguiremos observando en los repertorios de jurisprudencia, resoluciones judiciales meramente declarativas de conductas antisindicales.

§ 68

Política de empleo discriminatoria por razón de edad

por M^a TERESA VIÑUELAS ZAHINOS Universidad de Extremadura

Sentencia comentada:

STJ de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2005 (TJCE 2005, 341)

1. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 (RCL 1999, 1205, 2094 y LCEur 1997, 3620), y que entró en vigor una vez ratificado por los quince Estados miembros conforme a sus normas constitucionales, modifica algunas disposiciones del Tratado de la Unión Europea (RCL 1994, 81, 1659; RCL 1997, 917 y RCL 1999, 2661 y LCEur 1992, 2465) y de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (LCEur 1986, 7), (LCEur 1986, 8) y (LCEur 1986, 9). Constituye el punto de partida de la actual política europea de empleo. El Tratado declara que los Estados miembros considerarán el empleo «como un asunto de interés común, y coordinarán sus actuaciones» (art. 2 y art. 3 del TUE [RCL 1999, 1205 BIS y LCEur 1997, 3694]) e introduce un nuevo título relativo al empleo (título VIII). Si bien la responsabilidad principal para la decisión y la aplicación de las políticas de empleo sigue en manos de los Estados miembros, el nuevo Tratado insiste en la necesidad de una actuación conjunta y coordinada y prevé una actuación a escala de la Unión Europea.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), proclamada en diciembre de 2000, reafirma el compromiso de la Unión con