

DERECHO COLECTIVO

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo
mfprieto@uvigo.es

Palabras clave: representantes de los trabajadores, huelga, negociación colectiva, libertad sindical.

Keywords: workers representatives, strike, collective bargaining, freedom of association.

Palabras chave: representantes dos traballadores, folga, negociación colectiva, liberdade sindical.

REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. Garantías de los órganos de representación unitaria y sindical. Crédito de horas laborales retribuidas. Libertad sindical.

STS núm. 55/2019, Sala do Social, Sección 1ª, de 24 enero de 2019– Recurso de casación núm. 196/2017

Normas aplicadas: Art. 28.1 CE, art. 9.1 a) LOLS, art. 68.e) ET y art. 63 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad

La sentencia de casación confirma la lesión del derecho de libertad sindical de un delegado sindical de CIG, como consecuencia de la denegación de la utilización del crédito horario, dentro del límite de 80 horas anuales comunicado por el sindicato a la empresa el 10 de agosto de 2016 y declarada por la STSJ de Galicia de 5 de julio de 2017, en procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

La empresa justifica la denegación en una discrepancia sobre la interpretación del art. 63 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad. El precepto obliga, a su entender, a los sindicatos a solicitar en cada anualidad el

crédito horario con designación concreta de los trabajadores que pueden disfrutarlo durante el año correspondiente. El sindicato CIG no envió comunicación al respecto el año 2017.

Entiende, en cambio, la Sala, siguiendo el criterio de la sentencia de instancia, que, aunque el convenio prevé un cómputo anual del crédito horario, en función del número de representantes unitarios o delegados sindicales y de la asignación del crédito a los representantes designados por la central sindical beneficiaria, no le exige a esta, como requisito *sine qua non*, para que le sea reconocido el crédito horario correspondiente, la presentación de una solicitud formal cada año. Considera, en consecuencia, válida la comunicación efectuada de cualquier modo que permita conocer el reparto. En el comunicado de 2016 de CIG se hacía constar la asignación y se señalaba que ese reparto sería efectivo en tanto no mediase comunicación del sindicato en sentido diferente del expresado. Por lo demás, el propio delegado sindical había disfrutado ya en 2017 de varias horas, dentro del límite de las 80 horas anuales asignadas, sin denegación por la empresa.

HUELGA ILEGAL. Contravención de la normativa legal. Integración en el comité de huelga de miembro que no es trabajador del centro de trabajo. Objeto de la huelga: alterar durante su período de vigencia, lo pactado en Convenio Colectivo.

STSJ, Sala do Social, de 25 de abril de 2019 – Recurso de suplicación núm. 418/2019

Normas aplicadas: Art. 28.2 CE y arts. 5 y 11.c) y d) RD-ley 17/1977, de 4 de marzo

Desestima la Sala el recurso de suplicación interpuesto por CCOO Galicia contra la sentencia 429/2018, del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo. La empresa presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare ilegal la huelga propuesta de forma indefinida para los sábados, domingos y festivos. Previamente, la empresa se opuso al preaviso de huelga mencionando cuestiones de fondo, al considerar ilegal el objeto de la huelga, en cuanto pretendía alterar lo pactado en la negociación colectiva. Entiende el Tribunal

que la no alusión a la composición ilegal del comité de huelga, no significa que la empresa se aquietara, como defiende la parte recurrente, pues no se puede aceptar lo que está prohibido legalmente.

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 no era trabajador del centro. Con arreglo al art. 11.d la huelga devendría ilegal al contravenir el propio RD-ley.

Reiterando doctrina contenida en la STSJ de 24 de enero de 2017 (Rec. 4154/2016), justifica el TSJ la exigencia de la formación del comité y su composición, invocando 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. Confirma, así, el TSJ, la sentencia de instancia y considera la huelga ilegal en este punto, 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).

Por último, estima también la infracción del art. 11 c) del RD-ley 17/1977, que considera la huelga ilegal atendiendo a su objeto, que fue alterar durante su periodo de vigencia lo pactado en Convenio Colectivo. Establece el precepto la ilegalidad de la huelga novatoria y el "deber de paz laboral" respecto del convenio colectivo vigente, como resultado de la ponderación entre dos derechos constitucionales de distinto rango jurídico y finalidad: el derecho "fundamental"

de huelga y el derecho de negociación colectiva. El TC reconoce, no obstante, la posibilidad de que la huelga se considere legal, cuando no pretenda alterar lo pactado o modificar el convenio, sino que sea una reacción a incumplimientos de la contraparte o defienda una determinada interpretación del convenio, así como ante supuestos de "cambio absoluto o radical de las circunstancias", que permiten aplicar la llamada cláusula *rebus sic stantibus* (STC 11/1981). Ninguna de estas excepciones, en opinión del Tribunal, se materializa en el caso concreto, pese a las alegaciones de la parte recurrente, que defiende que nunca se exteriorizó el motivo principal de la huelga, que responde a una cuestión interpretativa de un precepto del convenio.

Con todo, los hechos declarados probados en la sentencia de instancia evidencian que en el preaviso de la huelga se puso de relieve la reacción frente a la pretensión de la empresa de obligar a trabajar en jornada de fin de semana y festivos fundada en un convenio colectivo negociado de forma fraudulenta, sin participación ni información de la plantilla. Por ello, la huelga afectaba de forma selectiva a los turnos que la empresa fijase como laborales en sábados, domingos y festivos. El 1 de septiembre de 2018, fecha prevista para el inicio de la huelga, ya estaba vigente el convenio colectivo que derogó el anterior desde el 1 de enero de 2018 y cuyo art. IV establece una jornada anual distribuida en 222 jornadas de 8 horas efectivas según calendario laboral "en régimen de mañana, tarde y noche, para fines de semana, festivos y cobertura de vacaciones". Ese mismo desacuerdo con lo negociado se recoge en la información suministrada por la sección sindical de CCOO que pone de manifiesto la finalidad de la huelga de alterar el *status quo* determinado por el convenio colectivo vigente, y no de defender, simplemente, una interpretación diferente a la que propugna la empresa. En consecuencia, se confirma la sentencia recurrida.

CONVENIOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Ámbito funcional de aplicación. Principio de unidad de empresa.

STSJ de Galicia, Sala do Social, Sección 1ª, de 29 de abril de 2019– Recurso de suplicación 4273/2019**Normas aplicadas:** Art. 37 y 38 CE y art. 84.2 ET

Confirma la Sala el pronunciamiento del juzgado de instancia, que, a los efectos de determinar el convenio colectivo aplicable a la relación laboral existente entre un trabajador fallecido y la empresa demandada, que desarrolla actividades de limpieza de edificios y locales y labores próximas al sector de la construcción civil considera, en virtud del principio de unidad de empresa, que procede la aplicación del convenio de empresa, que remite como legislación subsidiaria al convenio sectorial de limpieza de edificios y locales.

La controversia surge como consecuencia de la muerte de un trabajador “polivalente” de la empresa, que asumía, junto con otros cinco trabajadores, labores de limpieza y de reparación y limpieza de fachadas. Otros tres trabajadores de la empresa se dedican a fachadas, cinco realizan tareas de administración y la mayor parte, sesenta y nueve, tienen asignadas solo funciones de limpieza de edificios y locales.

El trabajador fallece como consecuencia de un accidente de trabajo y, al margen del recargo de prestaciones que corresponde a las prestaciones de Seguridad Social causadas, los herederos legales del trabajador fallecido perciben la indemnización de convenio correspondiente al convenio de limpieza, sensiblemente inferior a la prevista en el convenio de la construcción de la provincia de Pontevedra, cuya aplicación insta la viuda recurrente, que denuncia la infracción, por interpretación errónea, del art. 84.2 ET.

Argumenta la recurrente, en aras a su pretensión de aplicación del convenio colectivo general del sector de la construcción, que la realidad de los hechos demuestra que el trabajador fallecido estaba prestando servicios propios del sector de la construcción, lo mismo que sus compañeros, y que la existencia de un convenio de empresa que remite supletoriamente al convenio del sector de limpieza solo puede ser aplicado en las actividades de la empresa demandada que coincidan con el ámbito funcional de ese convenio. Alega, además, que la STS de 17 de marzo de

2015, Rec. 1464/2014, aplica la jurisprudencia tradicional sobre el principio de unidad de convenio colectivo en supuestos de empresas multiservicios con matizaciones, si en esas empresas no se puede hablar propiamente de una actividad principal y de actividades accesorias y conexas a la misma.

La Sala recuerda que, dentro de libertad de empresas del art. 38 CE, nada impide que una empresa tenga dos actividades, ni que ambas se rijan por un mismo convenio colectivo propio de la empresa, ni que ese convenio se remita supletoriamente al convenio colectivo sectorial correspondiente a una de esas dos actividades, salvo que se trate de eludir alguna norma de aplicación imperativa en perjuicio de los trabajadores.

Para verificar la ausencia de fraude de ley, la jurisprudencia (SSTS de 10 de julio de 2000, Rec. 4315/1999, de 29 de enero de 2002, Rec. 1068/2001, de 17 de julio de 2002, Rec. 4859/2000, o de 31 de octubre de 2003, Rec. 17/2002) erige en elemento relevante, para determinar el convenio colectivo aplicable, el respeto al principio de unidad de empresa, que atiende a su actividad principal, como ocurre en el caso de autos. Por un lado, porque el número de trabajadores ocupados en la actividad de limpieza de edificios y locales es notablemente superior al número de trabajadores ocupados exclusivamente o de manera polivalente a la realización de determinadas obras menores accesorias a las labores de limpieza de fachadas de edificios. Y; por otro lado, porque, siendo las labores de limpieza de oficinas y despachos la actividad principal de la empresa, las tareas de construcción, están también próximas a las actividades de la limpieza, pues comprenden limpieza especializada, necesaria para la conservación, protección, rehabilitación y mantenimiento de edificios y locales, incluidas las reformas de pequeña obra que puedan requerir, como reparación de fachadas por filtraciones, juntas de perfiles de ventanas, limpieza de tejados, o reparación de tejas. Situación alejada de las empresas multiservicios, cuyos múltiples objetos nada tienen que ver entre sí.

LIBERTAD SINDICAL. Ámbito de aplicación. Sujetos titulares del derecho. Socios trabajadores de sociedades cooperativas de trabajo. Procedimiento de tutela del derecho. Prueba indiciaria. Reparación de las consecuencias derivadas del acto ilícito. Cuantificación de los daños morales.

SINDICATOS. Derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las cooperativas de trabajo asociado en las que tengan afiliados.

STS núm. 347/2019, Sala do Social, Sección 1ª, de 8 de mayo de 2019 – Recurso de casación núm. 42/2018

Normas aplicadas: Art. 28.1 CE, arts. 1.1 y 3.1 LOLS y arts. 182 y 183 LJS

La cuestión objeto de la litis es determinar la posible vulneración de la libertad sindical como consecuencia de la publicación en la página web de una cooperativa de trabajo asociado, Servicarne Sociedad Cooperativa CL, de diversos comunicados dirigidos a los socios trabajadores para debilitar la influencia del sindicato Confederación Nacional del Trabajo (CNT), al que pertenecen algunos de los socios y al que se atribuyen finalidades contrarias a la defensa de los derechos de los socios trabajadores responsabilizándolo de la pérdida de puestos de trabajo. La Sala resuelve el recurso de casación interpuesto por CNT sobre tutela de derechos fundamentales contra la SAN de 17 de noviembre de 2011, que desestima en la instancia la demanda por vulneración de la libertad sindical presentada por el sindicato, en la que instaba el cese de la conducta antisindical y la reparación de las consecuencias de la vulneración del derecho, con indemnización por daño moral. Parte la SAN de que los socios trabajadores no son titulares del derecho a la libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE y entiende que la intervención del sindicato y la acción sindical emprendida carecen de soporte legal. El recurso, en cambio, cuestiona esa interpretación del derecho a la libertad sindical y defiende la existencia del derecho y, en consecuencia, considera lícita la actuación del sindicato e ilícita la respuesta de la cooperativa a la actividad sindical.

La cooperativa de trabajo asociado, constituida con arreglo a la Ley 18/2002, de Cooperativas de Cataluña, tiene más de cuatro mil socios trabajadores distribuidos en centros de trabajo con los que se celebran contratos en la casi totalidad de las comunidades autónomas. La contienda surge a raíz de la rescisión por la empresa Productos Florida, SA, de un servicio contratado con la cooperativa al que estaban adscritos varios socios trabajadores, en la provincia de Castellón, tras las denuncias realizadas por algunos de los socios y los paros intermitentes promovidos por el sindicato. Rescindido uno de los servicios contratados con Servicarne, esta notifica a tres de los socios trabajadores afectados por la cancelación del servicio su movilidad geográfica a otro centro de trabajo -COREN Cooperativas Orensanas-, dentro de la red de servicios de la cooperativa, que exigía cambio de su residencia habitual. El sindicato considera que la movilidad es injustificada y que supone una represalia contra los trabajadores por la reclamación de derechos básicos y promueve una campaña contra Servicarne y el boicot a los productos de las dos empresas afectadas -Productos Florida y Coren-. La cooperativa ofrece a los trabajadores, para el caso de que no acepten la movilidad, una indemnización por fin de su relación socio-laboral y comienza la publicación de comunicados dirigidos a los socios trabajadores que ponen de manifiesto su preocupación por la campaña del sindicato contra la cooperativa y el boicot a sus productos, que, entiende, hacen peligrar los puestos de trabajo de los socios trabajadores, en contra de los derechos de los trabajadores, que supuestamente pretende defender. Finalmente, Servicarne anula la movilidad geográfica impuesta ante la imposibilidad de trabajar en Galicia en la contrata con Coren por la amenaza de boicot que el sindicato remitió a la cooperativa, si accedía al traslado de los trabajadores. Propone a los socios trabajadores una indemnización, si aceptan la baja voluntaria en la cooperativa, y, en caso contrario, les recuerda que quedarán en expectativa en tanto perdure la situación de inactividad y la cooperativa no les procure un nuevo puesto de trabajo, que, de acuerdo con el art. 33 de los Estatutos, "deberán aceptar con

independencia de su especialidad, periodicidad, horario, remuneración o ubicación del mismo”.

Los socios trabajadores presentan demanda de tutela de derechos fundamentales, que se estima en suplicación. La cooperativa continúa con comunicados dirigidos a los socios que prestan servicios en Florida exponiendo su versión de los hechos y criticando la actuación del sindicato, que “hacen perder el trabajo” a los socios cooperativistas por su boicot a los productos de la empresa y los “dejan sin nada”, ni indemnización, ni paro. También se publican comunicados en la página web para denunciar la actuación del sindicato en lo que considera una política de acoso contra la cooperativa misma, que ha conducido a la pérdida de puestos de trabajo de socios afiliados al sindicato. Dejan, además, constancia de que la representación social corresponde únicamente al Consejo Rector, según la legislación de cooperativas, que es quien defiende los intereses de los socios trabajadores y en ningún caso frente a un empresario principal inexistente en las cooperativas, dado el status mixto societario-laboral que mantienen los socios trabajadores con la cooperativa de la que, además de trabajadores, son propietarios. Servicarne no facilitó puestos de trabajo a los socios afectados, pese a que celebró la contrata de un nuevo servicio con Florida e incorporó a cuatro nuevas socias trabajadoras. Finalmente, la cooperativa convocó una asamblea de socios, que acordó por unanimidad la baja por cese definitivo de los socios trabajadores afectados, por causas organizativas, conforme al art. 33 de sus Estatutos, ante la imposibilidad material efectiva de recolocación y el rechazo de la cantidad ofrecida para compensar su baja voluntaria. Los socios trabajadores interponen demanda de nulidad contra sus ceses por vulneración de la libertad sindical, que es estimada en instancia y confirmada en suplicación.

El sindicato, por su parte, publica también en su web varios comunicados críticos contra la cooperativa, a la que califica de empresa utilizada para promover prestamismo laboral.

Analizados los hechos, el TS, para fundamentar su pronunciamiento y reconocer el derecho de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado a

afiliarse al sindicato de su elección y el derecho del sindicato al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas, parte de la constatación de dos presupuestos importantes. Primero, la amplitud con la que se configura el derecho a la libertad sindical, que no admite restricciones cuando hay una prestación de trabajo subordinado. Ni el art. 28.1 CE, ni los arts. 1.1 y 3.1 LOLS, ni los Convenios núm. 87 y núm. 98 OIT excluyen de la titularidad del derecho a la libertad sindical, ni explícita ni implícitamente, a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, ni tampoco excluyen del ejercicio de la actividad sindical en las cooperativas a los sindicatos que tengan socios trabajadores afiliados. Y segundo, que la inclusión o exclusión en la titularidad del derecho, debe realizarse teniendo en cuenta la interpretación de los preceptos aplicables a la luz de la doctrina del TC y de la jurisprudencia de la propia Sala, así como, especialmente, de acuerdo con el art. 10.2 CE, a la vista de los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España e incluso de otros textos orientativos que, sin eficacia vinculante, puedan operar como criterios interpretativos de los convenios – SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 191/1998, de 29 de septiembre-. En este caso, debe tenerse en cuenta, a juicio del Tribunal, la Recomendación núm. 193 OIT, sobre la promoción de las cooperativas.

La doctrina del TC y la jurisprudencia reiterada del TS (STC 101/1991, de 13 de mayo, SSTS de 11 de junio de 1997, Rcd. 3863/1996 y de 26 de noviembre de 2002, Rcd. 1056/2002, entre otras) hacen una interpretación restrictiva de las exclusiones y limitaciones de los derechos fundamentales y, en concreto, del ejercicio del derecho a la libertad sindical, interpretación que debe extenderse a la titularidad del derecho en relación con colectivos no previstos expresamente en la norma. Así pues, aunque la relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria, de acuerdo con la legislación de cooperativas, no se debe ocultar la existencia de un status jurídico mixto, pues desde un punto de vista material existe una prestación de servicios por parte del socio trabajador subordinada y

sujeta al ámbito de organización y dirección de la cooperativa, aunque las notas de la dependencia y, especialmente, la ajenidad ofrezcan un perfil menos intenso que en la relación laboral común (SSTS de 27 de noviembre de 2013, Rcd. 3128/2012, y de 10 de diciembre de 2013, Rcd. 3256/2012 y Rcd. 3201/2012). Esa asimilación a los trabajadores ha sido declarada ya en relación con el acceso a la jubilación anticipada (SSTS de 10 de diciembre de 2018, Rcd. 3407/2016, de 19 de diciembre de 2018, Rcd. 2233/2017 y de 7 de febrero de 2019, Rcd. 649/2017) y parece más evidente en relación con el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical. La participación del socio trabajador en los órganos de gobierno de la cooperativa no resulta suficiente para la exclusión de la defensa de los intereses estrictamente laborales que puedan tener por su condición de trabajadores de la cooperativa, más allá de los intereses propios de la relación societaria.

Declarada lícita, en contra del pronunciamiento de instancia, la actividad sindical en defensa de los intereses laborales de los socios cooperativistas, la Sala entra a valorar la posible vulneración de la libertad sindical y sus consecuencias, sin necesidad de reiterar el proceso en instancia, con arreglo al art. 215.c) LJS y el art. 53.2 CE, que pone al servicio de la tutela de los derechos fundamentales los principios de preferencia y sumariedad.

De acuerdo con la alteración de la carga de la prueba prevista para el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el art. 181.2 LJS, es suficiente aportar indicios racionales de la existencia de una actitud antisindical o un ambiente hostil al ejercicio de la acción sindical por parte de la cooperativa para invertir la carga de la prueba y exigir que sea esta quien haya de probar que su conducta es ajena a cualquier móvil antisindical y aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. La Sala reconoce la existencia de numerosos indicios de actitud antisindical en los comunicados publicados por la cooperativa y declarados probados en la relación de hechos de la sentencia recurrida, en los que se aprecia una campaña de desprestigio a la

actividad sindical e incluso una velada amenaza a la afiliación al sindicato y a la actividad sindical de CNT, que pone en peligro no solo los puestos de trabajo de los socios trabajadores en su conjunto, sino, de manera especial, los puestos de los socios que colaboran activamente con dicha actividad. La cooperativa no se limita a defender la postura empresarial o a rebatir argumentos sindicales, lo que sería perfectamente lícito. Y tampoco aporta una justificación objetiva que permita amparar esa conducta antisindical.

Reconocida por la Sala la vulneración del derecho y la nulidad radical de la conducta, debe, conforme a los arts. 182 y 183, ordenarse su cese inmediato, la reposición de la situación al momento anterior a la vulneración del derecho y la reparación de sus consecuencias, incluida la cuantificación de la indemnización que, en su caso, proceda. Habida cuenta de que los comunicados ya habían sido retirados de la web, se acuerda la publicación del contenido de la sentencia en la web, con noticia destacada en la página principal, durante tres meses. Y, en relación con la indemnización, se tiene en cuenta su función preventiva, que se vincula a la utilización como criterio orientador de las sanciones previstas en la LISOS, más que la función resarcitoria, que exige identificar las circunstancias relevantes para su cuantificación. Así pues, fija la indemnización en treinta mil euros, al valorar como circunstancias agravantes de la conducta lesiva su prolongación en el tiempo, su publicidad en una página web de acceso general y la reincidencia de la conducta con algunos de los afiliados.

REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

Competencias informativas de los órganos de representación unitaria y sindical. Información en materia de contratación. Copia básica. Lesión del derecho de libertad sindical. Reparación. Indemnización

STSJ de Galicia, Sala do Social, Sección 1ª, de 8 de mayo de 2019– Procedimiento 8/2019

Normas aplicadas: Art. 28.1 CE, art. 8.4 y 64.4 ET, art. 10.3.1 LOLS y art. 183 LJS.

Estima la sentencia objeto de comentario una demanda de vulneración del derecho a la libertad sindical, interpuesta por CCOO de Galicia, con adhesión de CIG, frente a la ONCE, por la entrega de información incompleta a los representantes de los trabajadores. La controversia surge en relación con la obligación de remisión de la copia básica de los contratos firmados por los vendedores de la delegación territorial de la ONCE en Galicia, al no enviarse datos contenidos en los anexos, tales como zona asignada, rutas de venta, tipología del punto de venta, área de influencia, jornada semanal y horarios de prestación de servicios en el punto de venta asignado e incluso rentabilidad estimada, pese a que esos datos no vulneran la intimidad del empleado.

Esa información se facilita en Lugo, tras el requerimiento por la Dirección Provincial del INSS como consecuencia de la denuncia presentada por los delegados sindicales de CCOO. Previamente, la ONCE deniega la solicitud de una copia de los anexos de los contratos de todos los vendedores en Galicia, por considerar suficiente la entrega de la copia básica de los contratos. En un primer momento, y como consecuencia del requerimiento, la ONCE solo entrega los anexos correspondientes a las nuevas contrataciones. Tras una nueva denuncia y requerimiento, entrega en los meses siguientes los anexos de los contratos anteriores, pero solo los correspondientes a Lugo.

La demanda pretende la declaración de nulidad radical de la conducta de la ONCE, al entender que obstaculiza el ejercicio de las funciones representativas, y una indemnización por los daños morales causados. La ONCE entiende, en cambio, de acuerdo con cierta doctrina judicial que considera copia básica el contrato laboral, sin anexos, que no es obligatoria la entrega de la información de los anexos y que ha cumplido los requerimientos realizados por la ITSS.

La controversia se centra, en concreto, en la interpretación de los arts. 8.4 y 64.4 *in fine* ET, que hacen referencia a la entrega de la "copia básica" de los contratos, que ha de contener, según el art. 8.4 "todos los datos del contrato a excepción del número del documento nacional de identidad

o del número de identidad del extranjero, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que [...] pudiera afectar a la intimidad personal". El tratamiento de los datos es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, conforme al art. 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, y al art. 8.1 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Parte la Sala de los criterios hermenéuticos recogidos en el art. 3 Cc y, en concreto, analiza el sentido propio de las palabras, siguiendo la doctrina de la STS de 11 de diciembre de 2003 –Rec. 63/03–, recogida ya en la STSJ de Galicia de 10 de abril de 2018 –Rec. 332/18–, que considera sustancial la modificación que afecta a alguno de los elementos contenidos en el anexo –la reorganización de la zona de venta, al incidir en la productividad–. E interpreta la exigencia de copia conforme al Diccionario de la RAE, como "reproducción literal de un escrito", sin que el adjetivo de básica, que equivale según el mismo diccionario a lo que tiene carácter de base o constituye un elemento fundamental de algo y dejaría fuera información accesorio o intrascendente del contrato, pueda desvirtuar el sentido anterior, pues la interpretación debe ser sistemática y tener en cuenta que el propio art. 8.4 excluye solo ciertos datos del contrato de carácter personal, que se entienden protegidos. El calificativo de básica permitiría, según esta interpretación, evitar una reproducción literal del contenido completo o facsímil, siendo suficiente una reproducción resumida o glosada, pero no resultaría factible la omisión de los datos del contrato incluidos en los anexos, salvo los datos personales excluidos.

La Sala considera que los anexos que emplea la ONCE forman parte del contrato ya que contienen datos que afectan a elementos esenciales del vínculo laboral y que no lesionan la intimidad del trabajador, sin perjuicio de su consideración y tratamiento como datos personales, en cuanto que afectan a un trabajador concreto, identificado por su nombre. Y aplicando la doctrina jurisprudencial elaborada, en relación con la retribución, a partir de la STC

142/1993, de 22 de abril, recogida en las SSTs de 19 de febrero de 2009 –Rec. 6/08- y de 3 de mayo de 2011 –Rec.168/10-, entiende que ni siquiera el relativo a la rentabilidad estimada debe considerarse un dato susceptible de reserva para salvaguardar la intimidad del trabajador. Solo podrían excluirse datos relativos al ámbito familiar del trabajador, que no se relacionen directamente con el trabajo a realizar o acrediten la consideración socio-profesional del trabajador.

No plantea dudas al tribunal el derecho de los delegados sindicales a tener acceso a la información sobre las copias básicas, en los mismos términos que los miembros del comité de empresa, ex art. 10.3.1.LOLS, ni su integración en el contenido funcional o de actividad del derecho de libertad sindical, que se añade, como reconoce reiterada doctrina del TC y del TS, a su contenido organizativo o asociativo, para la defensa adecuada de los intereses de los trabajadores. El acceso a información sobre aspectos que puedan tener una repercusión en las relaciones laborales es un instrumento de acción sindical, que los representantes precisan para poder defender los derechos laborales de los trabajadores y fiscalizar las actividades empresariales. Un comportamiento contrario y obstaculizador por parte de la empresa supone una acción antisindical, que vulnera la libertad sindical de los delegados sindicales.

Constatada, pues, la vulneración de la libertad sindical, la Sala estima la demanda y se pronuncia sobre el resarcimiento al sindicato a través de la correspondiente indemnización, cuya concreción le corresponde como tribunal de instancia. Tras recordar la evolución de una doctrina judicial no uniforme, señala que la doctrina posterior a la regulación del art. 183.2 LJS excepciona de la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, los daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada. Con todo, a la hora de concretar su cuantía, tiene en cuenta el marco fáctico –que se trata de un problema jurídico de interpretación no sencilla, con doctrina judicial que restringe la copia básica al contrato laboral, con una interpretación de la comisión paritaria del XIII y XIV Convenio colectivo de la

ONCE contraria a la interpretación del sindicato, que la ONCE ha proporcionado la información solicitada a requerimiento de la ITSS y que no se aprecia intención expresa de vulnerar el derecho-. Y se ajusta a la horquilla de la LISOS, como mecanismo de ponderación general, aun reconociendo que el baremo se utiliza con valor orientador y que no es de preceptivo seguimiento.

LIBERTAD SINDICAL. Conducta antisindical respecto de las organizaciones sindicales o los representantes sindicales en la empresa. Procedimiento de tutela del derecho. Prueba indiciaria. Reparación de las consecuencias derivadas del acto ilícito. Cuantificación de los daños morales.

STSJ de Galicia, Sala do Social, Sección 1ª, de 10 de mayo de 2019– Recurso de suplicación núm. 250/2019

Normas aplicadas: Art. 28.1 CE y arts. 181 ss. LJS

La Sala revoca la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda de vulneración de la libertad sindical, al entender que concurren indicios de la lesión, y estima en parte el recurso de suplicación. Aprecia el tribunal que el administrador único y socio mayoritario de la empresa, intentó posicionar a los trabajadores en contra de la representante de personal, afiliada a UGT, y del propio sindicato, al vincular su actividad de representación, en una reunión a la que fue convocada toda la plantilla, con el despido de varios trabajadores, que se materializó entre la fecha de la asamblea y la revocación de la recurrente, como representante de personal. No comparte el criterio de la sentencia de instancia, que considera amparada la conducta de la empresa en la libertad de expresión del art. 20.1 CE, al no haberse limitado la empresa a manifestar su desacuerdo con la actividad sindical desarrollada por la representante o el sindicato y haber asociado el despido de trabajadores con la actividad sindical de representación realizada por la trabajadora, tanto por el contenido de las opiniones expresadas como por las consecuencias anudadas a las mismas. También tiene en cuenta la sentencia de suplicación otros hechos anteriores, como la condena previa por vulneración de la libertad sindical en juicio por despido

de la representante de personal, y hechos posteriores, como la celebración de una reunión con los trabajadores, con carácter previo a la asamblea revocatoria de la representante.

Constatada la vulneración del derecho, ordena el cese del comportamiento antisindical y la publicación del fallo de la sentencia en lugar visible de la empresa durante 15 días, como medida reparadora de las consecuencias derivadas de la vulneración. Además, para fijar la indemnización que corresponde, tiene en cuenta su finalidad reparadora y preventiva y utiliza la tipificación y sanción de la LISOS como criterio orientador, de acuerdo con la jurisprudencia existente –entre otras, STC 247/2006 y SSTs de 15 de febrero de 2012 (Rec. 67/2011) y de 5 de febrero de 2013 (Rec. 89/2012).

HUELGA. Servicios mínimos. Motivación.

STSJ de Galicia, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 15 de mayo de 2019– Recurso 233/18
Normas aplicadas: Art. 28 CE

Resuelve la Sala el recurso contencioso-administrativo presentado por UGT Galicia y CIG contra la Orden conjunta de las Consellerías de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio y do Medio Rural de la Xunta de Galicia, de 20 de julio de 2018 (DOG de 23 de julio de 2018), por la que se determinan los servicios mínimos dirigidos a garantizar los servicios esenciales durante la huelga de personal de las escalas de agentes forestales y agentes facultativos medioambientales convocada para los días 25, 26 y 27 de julio, y que adquirirá carácter indefinido a partir del día 1 de agosto de 2018.

La impugnación se centra en la falta de motivación, el carácter abusivo y la desproporción en la fijación de servicios mínimos establecidos. Disienten, entre otros y en concreto, de los fijados en el 100% del personal que desempeña su labor profesional para los Distritos Forestales de la Consellería do Medio Rural, durante el período extraordinario correspondiente a época de peligro alto de incendios forestales, que pretende que el servicio funcione

con normalidad, sin justificar la imposición de tan elevados servicios mínimos.

La motivación de la restricción del ejercicio del derecho fundamental de huelga es, precisamente, un requisito constitutivo para la validez del acto. Deben exponerse los criterios en virtud de los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y a determinar quién debe prestarlos. El derecho de huelga quedaría cercenado si se alcanzara el nivel de rendimiento habitual.

La Sala, teniendo en cuenta la doctrina del TC, iniciada con las SSTC 11/1981, 51 y 53/1986 y 27/1989, entre otras, afirma que el derecho de huelga puede experimentar limitaciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Una de esas limitaciones es la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la Comunidad, entendidos como servicios que afectan a derechos fundamentales, libertades públicas o bienes constitucionalmente protegidos. Con todo, el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, como limitación del derecho de huelga -derecho fundamental-, debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de exigir disponer las medidas precisas para garantizar la cobertura mínima necesaria de esos servicios, no un rendimiento habitual o un funcionamiento normal. En consecuencia, se precisa una ponderación de los bienes y derechos afectados, del ámbito y duración de la huelga y de las demás circunstancias relevantes concurrentes y una clara y precisa motivación o justificación, que permita determinar los servicios mínimos establecidos.

En este sentido, la doctrina del TS (entre otras SSTS de 11 de mayo de 2007, Rec. 2430/2003 y 19 de diciembre de 2007, Rec. 7759/2004) revela una doble exigencia para la validez de dichos servicios mínimos (STS de 3 de noviembre de 2010, Rec. 2610/2009): la identificación de los intereses afectados por la huelga que merecen ser considerados servicios esenciales (el inherente al derecho de los huelguistas y el -o los- que puedan ostentar los afectados

por el paro laboral); y la precisión de los hechos y los criterios que han sido utilizados para llegar al concreto resultado plasmado en los servicios mínimos que hayan sido fijados, que precisa la ponderación de los intereses en conflicto y la debida observancia del principio de proporcionalidad.

La Orden impugnada establece unas consideraciones genéricas sobre los servicios mínimos y señala que resulta imprescindible la prestación de servicios en la Consellería do Medio Rural, en época de peligro alto de incendios, del 100% del personal habitual en los tramos horarios afectados por la huelga. La falta de explicitación suficiente para justificar la restricción del derecho de huelga y el silencio respecto de los criterios seguidos para fijar o no el 100% de efectivos impide a la Sala enjuiciar la corrección jurídica del establecimiento de los servicios mínimos para atender el servicio durante la huelga. Esta insuficiencia de motivación no puede suplirse con criterios genéricos que pueden ir referidos a cualquier fijación de servicios mínimos en el ámbito, al no aportarse datos, hechos, elementos o estudios concretos, aunque los datos hayan sido aportados en el escrito de contestación a la demanda por el Letrado de la Xunta de Galicia.

La Sala estima parcialmente el recurso en este extremo. No así en relación con los servicios mínimos señalados, en relación a la Consellería de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio, tanto para el período extraordinario como ordinario, toda vez que habiéndose asignado un único agente por Distrito o Parque Natural, no cabe hablar de desproporcionalidad, y su presencia resulta inaplazable para la conservación y preservación de los bienes naturales dignos de protección y tutela.

LIBERTAD SINDICAL. Conducta antisindical respecto de los trabajadores o representantes sindicales en la empresa. Denegación del crédito horario.

STSJ de Galicia, Sala do Social, Sección 1ª, de 20 de mayo de 2019– Recurso de suplicación núm. 815/2019

Normas aplicadas: Art. 28.1 CE y art. 68.e) ET

Confirma la Sala la sentencia recurrida en suplicación y, por tanto, la existencia de vulneración del derecho de libertad sindical, la nulidad de la decisión de la empresa de denegar el crédito horario al trabajador en dos de las jornadas solicitadas y el pago de una indemnización por el daño moral sufrido. Y aplica su propia doctrina, reiterada en numerosas ocasiones, que requiere, para apreciar la vulneración del derecho y el desplazamiento al demandado de la carga de la prueba, que se acredite -por parte de quien lo afirma- un ambiente favorable a la vulneración de la libertad sindical. Aportados los indicios, corresponde al empleador probar que su decisión obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada (SSTC 5/2003, de 20 de enero, 84/2002, de 20 de abril, 66/2002, de 21 de marzo; 48/2002, de 25 de febrero; 41/2002, de 25 de febrero; 14/2002, de 28 de enero; 136/2001, de 18 de junio; 308/2000, de 18 de diciembre; 101/2000, de 10 de abril).

Ninguna duda plantea, desde la STC de 13 de marzo de 1985, la inclusión en el ámbito del derecho a la libertad sindical de la acción sindical o derecho de los sindicatos a ejercer actividades que permiten la defensa y protección de los propios trabajadores. Ni tampoco, como una de sus manifestaciones, el ejercicio de las funciones de los representantes de los trabajadores, ni el disfrute de los derechos y garantías que precisan para ello -entre las que el art. 68.e) ET incluye la de disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas -, que se incorpora, así, al contenido esencial del derecho de libertad sindical. La privación de ese crédito puede, por consiguiente, entrañar la violación del derecho de libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 de la CE.

En la relación de hechos probados se constata que la empresa demandada denegó al demandante la autorización para ausentarse por uso del crédito horario sindical en las jornadas de los días 10 y 27 de julio de 2018. Justifica la denegación, en el primero de los casos, por la situación de extrema dificultad en el departamento de mantenimiento, al encontrarse el hotel en temporada alta, estar uno de los

trabajadores de baja médica y no haber podido encontrar personal de sustitución. En el segundo caso, añade a los motivos anteriores la necesidad de la presencia de todos los trabajadores de la plantilla para el buen funcionamiento del servicio y la previsión del art. 22 del convenio colectivo de que los miembros del Comité de Empresa procurarían realizar el menor número de actividades sindicales posible durante los meses de julio, agosto y septiembre. Con todo, la sentencia se acoge a la jurisprudencia en la materia, que mantiene desde antiguo que el derecho al crédito sindical no precisa autorización previa alguna de la empresa, ni puede ser denegado sin más por necesidades del servicio (entre otras, SSTS de 7 de mayo de 1986, 2 de julio de 1987 o 12 de febrero de 1990).

REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

Representación sindical. Nombramiento a nivel de empresa o de centro de trabajo. Falta de reconocimiento de sección sindical. Libertad sindical. Conducta antisindical. Reparación.

STSJ de Galicia, Sala do Social, Sección 1ª, de 21 de mayo de 2019– Procedimiento núm. 20/2019

Normas aplicadas: Art. 28.1 CE y arts. 8 y 10 LOLS

La controversia se inicia al no reconocer la empresa Aena el derecho del sindicato CIG a la constitución de una sección sindical, por agrupación de los tres centros de trabajo que se corresponden con los tres aeropuertos de Galicia, en dos de los cuales cuenta con representación en el comité del centro, ni, por consiguiente, la condición de delegado sindical a la persona designada, y denegarle, en consecuencia, el crédito horario, al entender que no le corresponde.

La Sentencia recoge una doctrina fluctuante del TS, que comenzó entendiendo que la posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo para constituir una sección sindical, a los efectos de elegir delegados sindicales, conforme al art. 10 LOLS, no era algo que pudiese quedar al arbitrio del sindicato sino que debía depender del ámbito electoral y de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de representación en

la empresa, o de la constitución de un comité de empresa conjunto. No obstante, desde la STS de 18 de julio de 2014 (Rec. 91/2013), no parece discutible la capacidad de auto-organización del sindicato, como facultad incluida en el derecho de libertad sindical, que atribuye al sindicato la opción a que se refiere el art. 10.1 LOLS entre nombrar delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo.

En aplicación de esta jurisprudencia, la Sala ya reconoció previamente, en STSJ de 28 de marzo de 2018, el derecho del sindicato CIG a constituir una sección sindical por agrupación de los centros de trabajo que tenía en Galicia, para alcanzar los 250 trabajadores exigidos para nombrar delegados sindicales. Cuestión distinta es si, una vez agrupada, se requiere representación unitaria en todos los comités de empresa de cada centro de trabajo, o si es suficiente con tener esa representación en alguno de los centros. Entiende el tribunal, a la luz de la doctrina del TS en sentencias recientes que abogan por una solución a favor de la libertad sindical, que el ámbito en el que se mide la audiencia electoral ha de ser el mismo que el que se toma en consideración para determinar el tamaño de la plantilla y que no se precisa representación en todos los centros sino en alguno o algunos de ellos.

Estimada la vulneración de la libertad sindical, se pronuncia el tribunal sobre la reparación de las consecuencias derivadas de la conducta antisindical y la cuantificación de los daños morales, cuya concreción le corresponde como tribunal de instancia. Como en el resto de los pronunciamientos, utiliza el criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso, criterio admitido como parámetro razonable por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006).

HUELGA. Sustitución de los trabajadores en huelga. Esquirolaje interno. Reparación. Indemnización.

STSJ de Galicia, Sala do Social, Sección 1ª, de 28 de junio de 2019– Autos DFU 7/19

Normas aplicadas: Art. 28 CE y art. 6.5 RD-ley 17/1977

El Comité Intercentros de CRTVG convoca una huelga por franjas horarias de 2 horas por turno durante días alternos entre el 20 de noviembre y el 2 de diciembre de 2018, seguida de una huelga de 24 horas el 19 de diciembre y una huelga de 6 horas el 22. El día 13 se publican los servicios mínimos para garantizar el mantenimiento de servicios esenciales los días 19 y 22. La corporación minora el efecto de la huelga mediante la sustitución de trabajadores huelguistas, a través de medidas de movilidad interna, con trabajadores que habitualmente no realizan esas funciones. En concreto, mediante la sustitución el 19 de diciembre de la presentadora del programa «O Tempo», en huelga, por la coordinadora del programa, aunque se reduce sensiblemente la duración del programa.

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 14 de abril de 2016 y de 26 de abril de 2018-. 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, sin embargo, la posible sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa, el llamado “esquirolaje interno”, ya que el RD-ley no recoge 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, SSTs 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. Y todo ello sin perjuicio de las excepciones, vinculadas al mantenimiento de los servicios mínimos esenciales para la comunidad y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa.

Además, para que la sustitución interna sea contraria al derecho de huelga ha de concurrir el presupuesto básico de que resulte probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas tareas diferentes en la misma empresa, de forma que la

sustitución produzca, bien de forma intencional, bien de forma objetiva, un vaciamiento del contenido del derecho de huelga.

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, la Sala considera que no correspondía a la trabajadora no huelguista la presentación del programa, sin perjuicio de sus funciones de coordinación del propio Departamento del Tiempo e incluso de la realización de tareas divulgativas; que no existía en el cuadro nominativo de servicios mínimos, personal adscrito al departamento; y que la información proporcionada, sobre el naufragio de un buque pesquero con el fallecimiento de 4 tripulantes y la existencia de alerta amarilla, que podría justificar un interés general, se conoció con posterioridad al encargo a la trabajadora de la emisión del programa "o Tempo" y que podría haberse hecho en el Telexornal.

En consecuencia, ante la aportación de indicios suficientes de vulneración del derecho de huelga, competía a la CRTVG acreditar que su actuación fue ajena a cualquier propósito de atentar contra ese derecho. Esa falta de prueba conduce al tribunal a estimar la existencia de vulneración y a determinar sus consecuencias. Para ello, el TSJ entra a valorar la petición, en la demanda, de una indemnización de daños y perjuicios, incluido el daño moral, que considera ajustada a derecho. 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, la tipificación de la conducta y el importe de la sanción previstas en la LISOS, tal y como reconoció la STC de 24 de julio de 2006. Rechaza, en cambio, la petición de condena a la empresa en relación con la lectura del fallo de la sentencia al exigirse, dentro de la tutela resarcitoria y con la excepción de los daños morales, la acreditación del detrimento producido y no haberse probado.