

# Derechos laborales de carácter fundamental

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

PID\_00196117



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

# Índice

<b>Introducción</b> .....	7
<b>Objetivos</b> .....	9
<b>1. Los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa: aproximación general</b> .....	11
1.1. La eficacia horizontal y vertical de los derechos y libertades fundamentales .....	11
1.2. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales y contrato de trabajo: la ciudadanía del trabajador en la empresa .....	15
1.3. Los derechos fundamentales laborales específicos e inespecíficos .....	23
<b>2. El derecho a la libertad sindical: evolución histórica y reconocimiento constitucional</b> .....	28
2.1. La libertad sindical: definición y contenido .....	29
2.2. Fuentes de la libertad sindical .....	34
2.3. Manifestaciones de la libertad sindical .....	37
2.4. La libertad sindical individual .....	37
2.4.1. Fundación de un sindicato (libertad de constitución) ...	37
2.4.2. Afiliación al sindicato (libertad de afiliación) .....	49
2.4.3. Libertad sindical negativa .....	54
2.5. Libertad sindical colectiva o autonomía sindical .....	57
2.5.1. La representatividad sindical .....	61
2.6. La libertad sindical de los funcionarios públicos .....	68
<b>3. El derecho de huelga</b> .....	71
3.1. Breve repaso histórico y evolución como fenómeno sociológico .....	72
3.2. Fuentes del régimen jurídico del derecho de huelga .....	75
3.2.1. El derecho de huelga en el derecho comunitario e internacional .....	75
3.2.2. El derecho de huelga en el ordenamiento jurídico español .....	76
3.2.3. Tramitación del derecho de huelga: elementos formales .....	78
3.2.4. Ilícitud de la huelga .....	96
3.2.5. Fin de la huelga .....	103

<b>4. Incursión en algunos derechos laborales fundamentales inespecíficos</b> .....	105
4.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación .....	105
4.1.1. La protección de la igualdad y la prohibición de la discriminación en el ordenamiento jurídico laboral .....	106
4.1.2. Las conductas discriminatorias en el ámbito jurídico-laboral .....	109
4.2. Derecho a la libertad ideológica y religiosa, objeción de conciencia y empresas de tendencia .....	116
4.2.1. La libertad ideológica y religiosa .....	116
4.2.2. La objeción de conciencia .....	121
4.2.3. Las empresas de tendencia .....	123
4.3. Derecho a la libertad de expresión e información .....	125
4.3.1. ¿El trabajador tiene un derecho a criticar a la empresa o a la gestión del empresario? .....	127
4.3.2. ¿Tiene el trabajador un derecho de denuncia de la situación de la empresa o de la actividad del empresario? .....	129
4.3.3. ¿Puede emplearse la libertad de expresión como medida de presión y de conflicto colectivo? .....	130
4.4. Derecho a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la autodeterminación informativa .....	132
4.4.1. El empresario, ¿está facultado para imponer o cambiar la apariencia externa del trabajador? .....	133
4.4.2. El empresario, ¿está facultado para registrar a sus empleados? .....	135
4.4.3. ¿Qué puede hacer el empresario con los datos personales que tiene del trabajador? .....	137
4.4.4. El empresario, ¿está facultado para controlar la actividad laboral de sus empleados? .....	139
4.4.5. El empresario, ¿puede interceptar las comunicaciones del trabajador a través del teléfono, el correo o el e-mail? .....	141
4.4.6. El empresario, ¿está facultado para efectuar controles médicos a sus empleados? .....	143
4.4.7. El empresario, ¿está facultado para controlar la actividad extralaboral de sus trabajadores? .....	145
4.5. Derecho a la tutela judicial efectiva .....	145
<b>5. Medidas de protección de los derechos fundamentales</b> .....	147
5.1. Elección del sistema de protección judicial laboral .....	148
5.2. El despido radicalmente nulo .....	149
5.3. La prueba indiciaria .....	150
5.4. La responsabilidad administrativa y penal del empresario .....	151
<b>Resumen</b> .....	152

<b>Abreviaturas.....</b>	<b>155</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>156</b>



## Introducción

Uno de los elementos caracterizadores del contrato de trabajo es que una de las partes contratantes está comprometiendo su propio cuerpo. La visión decimonónica del asalariado como un mero *homo faber* se erigió en un pretexto propiciatorio para el abuso sobre su persona y para, en definitiva, la deshumanización del trabajo.

No obstante, a medida que la dignidad de la persona se consolida como un principio informador del derecho, erigiéndose en el compendio de todos los derechos y libertades fundamentales, progresivamente se asume que su ámbito de actuación también debe predicarse dentro de las paredes de las fábricas.

Y, precisamente, la razón de ser del derecho del trabajo es garantizar que se respete la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan. Lo que evidencia una intrínseca conexión entre esta rama del ordenamiento jurídico y los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y la propia proclamación del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 CE).

Sin embargo, la relación laboral se inserta en un contexto particularmente complejo, pues, la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un entramado complejo de derechos y obligaciones recíprocas. Lo que condiciona el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos y, sobre todo, plantea un conflicto entre éstos y los poderes directivos y organizativos del empresario.

No cabe duda de que los poderes del empresario constituyen una real amenaza para la afirmación de los derechos del trabajador. A mayor abundamiento, el progreso tecnológico y su paulatina aplicación en múltiples ámbitos de la organización productiva han comportado un incremento de las potenciales conductas lesivas, intensificando sustancialmente las controversias.

En definitiva, éste es un contexto que exige la atención prioritaria del derecho y de los agentes que intervienen en él. Especialmente, porque en el ámbito laboral constantemente deben delimitarse los contornos del ejercicio de tales derechos y deben facilitarse mecanismos de protección frente a las conductas lesivas. Y ello porque debe darse una adecuada reparación a la víctima, y porque conviene proyectar una carga disuasoria lo suficientemente eficaz como para reprimir potenciales violaciones.

Aspectos que en su conjunto evidencian que esta es una rama del derecho viva, en constante evolución.

Bajo el título "Los derechos fundamentales en el ámbito laboral", se pretende ofrecer una sintética y sistematizada aproximación al controvertido escenario que describen los derechos fundamentales y el entramado de relaciones que confluyen en el contrato de trabajo.

El propósito de este estudio es facilitar una primera aproximación al régimen jurídico de los derechos fundamentales desde la perspectiva del derecho del trabajo. Para ello, se pretende ofrecer al lector las herramientas y soportes suficientes que le permitan la familiarización con los parámetros conceptuales y la terminología propia de este ámbito jurídico y, en definitiva, la adquisición de una base de conocimiento general y sólida.

Desde un punto de vista metodológico, partiendo del régimen jurídico vigente en el ordenamiento jurídico español, se aspira a ofrecer una aproximación centrada en la casuística. Perspectiva, esta última, especialmente idónea, en tanto que ofrece testimonios en primera persona de los conflictos entre las facultades del empresario y los derechos y libertades de los trabajadores, delimitando la frontera entre el ejercicio legítimo de los derechos del que no lo es.

## Objetivos

En síntesis, los objetivos que se persiguen son dos.

- 1.** Adquirir una inteligencia del régimen jurídico de los derechos y libertades fundamentales en el contrato de trabajo como para que el lector pueda identificar las instituciones jurídicas fundamentales que lo conforman, con el propósito de que sea capaz de reconocer los conflictos que se derivan de las mismas y, sobre todo, las consecuencias jurídicas que se puedan desprender desde una perspectiva jurídico-laboral.
- 2.** Lograr que tales conocimientos operen como una plataforma que fundamente un estudio de la materia con mayor profundidad.

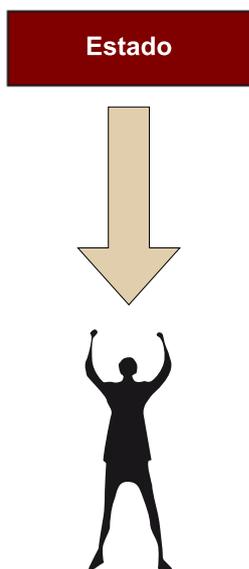


# 1. Los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa: aproximación general

## 1.1. La eficacia horizontal y vertical de los derechos y libertades fundamentales

Los derechos fundamentales originariamente han sido concebidos como instrumentos de defensa frente a las potenciales agresiones del Estado y demás poderes públicos, con el fin de garantizar la libertad y la autonomía del individuo (eficacia vertical).

De modo que la estructura de la relación jurídica de un derecho fundamental se ha descrito a partir de una relación entre el individuo y el Estado. Es decir, en un primer estadio, su eficacia sólo se reconoce frente a los poderes públicos; y las relaciones entre privados quedan al margen, sobre la base de la creencia de la existencia de una situación equilibrada entre las partes.



El reconocimiento de esta realidad tiene por objeto garantizar, por un lado, un conjunto de derechos vinculados a la personalidad (derechos de libertad) y a la ciudadanía (derechos políticos); y, por otro, el respeto de los poderes públicos de unas esferas de libertad y unos ámbitos de participación. El objetivo es, en esencia, posibilitar el desarrollo integral del individuo y el ejercicio real y efectivo de su libertad; y todo ello como fundamento de la sociedad y del orden político.

Si aceptamos que los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías (Hart), se colige que este reconocimiento debe ir necesariamente acompañado de una serie de medidas dirigidas a posibilitar la efectiva protección de los mismos frente a potenciales agresiones. Especialmente, porque la coherencia interna de todo el ordenamiento depende de ello. Pues bien, entre todas las garantías existentes, destaca el reconocimiento del acceso de los ciudadanos a instancias jurisdiccionales públicas para, con ello, posibilitar la restauración en el disfrute de los derechos violados.

El despliegue de la eficacia de los derechos fundamentales en ámbitos que exceden de la relación Estado-ciudadano descrita ha planteado mayor controversia. O, en otros términos, la posibilidad de extender dicha eficacia a las relaciones de derecho privado o entre particulares, como sucede en la relación entre empresario-trabajador, resulta más compleja.

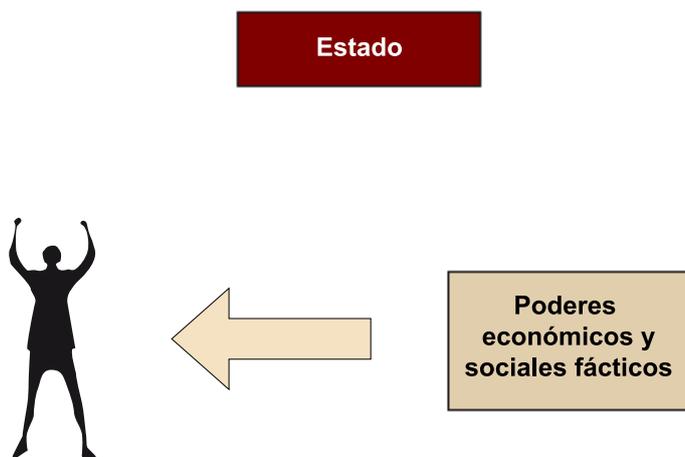
Frente a quienes rechazan este planteamiento, por entender que los derechos fundamentales no deben tener eficacia en las relaciones creadas por la autonomía privada, se ha planteado una visión más próxima a la realidad presente en las sociedades democráticas y de economía de mercado. El punto de partida de esta aproximación renovada es la idea de que el Estado y demás poderes públicos no son los únicos con capacidad para atentar contra la dignidad y libertad de los ciudadanos. En nuestra sociedad también existen poderes sociales, grupos y organizaciones extraordinariamente poderosos que constituyen una seria e implacable amenaza para el individuo (incluso, mayor que la que puedan ejercer los poderes públicos), lo que compele al Estado a socorrerlo y, así, evitar su indefensión.

#### Cita

"Los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías".  
Hart

#### Nota

Hasta hace poco el binomio poder público-individuo ha sido intrínseco a todo el debate que ha rodeado a los derechos fundamentales.



En este sentido, es importante partir de la constatación de que, más allá de las declaraciones de principio, en el seno de las relaciones entre privados es bastante frecuente que la constitución de las relaciones jurídicas no responda propiamente a decisiones absolutamente libres e iguales.

"La empresa genera una situación de poder [...] que expresa el sometimiento real de unos hombres sobre otros, obligados a realizar una determinada conducta. En la conformación social que conocemos [...], los poderes del empresario constituyen una real amenaza para la afirmación de los derechos del trabajador. Y ello no por considerar tales derechos como intrínseca o antológicamente insidiosos o perversos sino, más sencillamente, por el hecho cierto de que la lógica empresarial (sus principios y valores) actúa *naturaliter* como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo así su desarrollo."  
Valdés Dal-Ré (1992)

Realidad que, desde un punto de vista político-social, es lo suficientemente poderosa como para defender la necesidad de extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones entre privados. Lo que, por otra parte, no deja de ser una consecuencia lógica, pues, si los derechos y libertades fundamentales se basan en la dignidad y la libertad del hombre, no parece acertado entender que sólo vinculan a los poderes públicos y que sólo frente a ellos supongan limitaciones (Rodríguez-Piñero, 1996).

Como se sabe, la Constitución española (en adelante, CE) proclama la "dignidad humana" como principio informador del derecho y como norma jurídica, erigiéndose en el primero de los valores sobre los que se fundamenta nuestro ordenamiento jurídico y, en definitiva, en el compendio de todos los derechos y libertades fundamentales (Ojeda Avilés; Igartua Miró, 2008).

Según el art. 10.1 CE, "La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes [...] son fundamento del orden político y de la paz social".

Y en el art.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea firmada en Niza (7 de diciembre 2000), se proclama que "la dignidad humana es inviolable, será respetada y protegida".

Desde una perspectiva ontológica, por tanto, no existe inconveniente en afirmar que los derechos fundamentales también desarrollan su eficacia en la esfera privada.

En definitiva, esta tesis no es más que una proyección de la declaración del estado social de derecho (art. 1 CE) y al valor normativo que se atribuye a la Constitución (art. 9.1 CE).

Art. 1 CE: "España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho [...]."

Art. 9.1 CE: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico."

En esta línea, el Tribunal Constitucional –en adelante TC– ha afirmado (STC 177/1988) que "ciertamente, el art. 53.1 del texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 'en un Estado social de derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social'. De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales".

#### Cita

"El derecho al libre desarrollo de la personalidad se dirige no sólo frente al Estado, sino también frente a terceros."  
Krüger

La idea es que los derechos fundamentales no sólo están pensados para asegurar espacios de libertad al individuo frente a la intromisión del Estado, sino que, simultáneamente, se colocan en la "cabecera" del ordenamiento jurídico, proyectando una serie de valores y principios que informan sin excepción todas las esferas y sectores del ordenamiento democrático. Garantizando, en definitiva, un *status socialis* a los ciudadanos frente a los demás –Estado y terceros privados (Rodríguez-Piñero, 1996).

Según la STC 53/1985, "los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política".

La eficacia de los derechos y libertades fundamentales opera de un **modo vertical** (Estado-ciudadano) y, también, de forma **horizontal**, es decir, **frente a terceros distintos al Estado** (terceros privados).

De lo que se desprende que los derechos fundamentales están revestidos de una doble naturaleza (**subjetiva y objetiva**), pues reconocen derechos subjetivos de los individuos y, a su vez, operan como un conjunto de valores y principios inspiradores (o componentes estructurales básicos) de todo el Ordenamiento Jurídico; y a los que se les dota de una **irresistible supremacía**.

Debe entenderse, entonces, que los derechos fundamentales ya no operan únicamente como un pacto para la limitación del ejercicio del poder político, sino que también son un pacto para la configuración de un programa de acción política de promoción de la igualdad y del bienestar de los ciudadanos (Valdés Dal-Ré, 2003).

Planteamiento en el que las instancias jurisdiccionales asumen un papel trascendental al estar obligadas a contribuir a la efectividad de tales derechos (asumiendo la función de reprimir las conductas lesivas). Ahora bien, para el caso de que no lo hagan, el Ordenamiento Jurídico reconoce a los ciudadanos el derecho jurídico-constitucional (recurso de amparo) de exigir la reparación de la violación sufrida, en esta ocasión, por la conducta omisiva del poder público.

De tal modo que, para poder predicar esta **eficacia horizontal**, se exige una primera lesión del derecho fundamental por parte del particular y, a continuación, una segunda por parte de los poderes públicos al no haber reprimido debidamente el comportamiento lesivo del particular.

Así, la violación del derecho fundamental no resulta nunca "sólo" de la conducta del particular, sino que "siempre" debe ir acompañada de la inhibición de los poderes públicos. De modo que la lesión del derecho fundamental sólo emerge tras la sentencia del juez ordinario (momento en el que puede solicitarse el amparo ante el Tribunal Constitucional). O, dicho de otro modo, se emplaza a la jurisdicción ordinaria para que en un primer estadio trate de poner remedio a la lesión denunciada (Rivero Lamas, 2003).

#### El recurso de amparo

El recurso de amparo es un instrumento jurisdiccional dirigido a reparar la violación sufrida por el comportamiento omisivo de los poderes públicos frente a las lesiones de los derechos fundamentales cometidas por particulares.

Admitida la eficacia horizontal, debe advertirse que el derecho o libertad fundamental no cambia de naturaleza por desarrollarse o realizarse frente a un poder público o frente a un particular. Ahora bien, de ahí tampoco se desprende que su contenido deba ser exactamente el mismo. Lo que, irremediablemente, lleva a predicar su **modalización** en función del ámbito en el que operen (Rodríguez-Piñero, 1996; del Rey Guanter, 1995).

## **1.2. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales y contrato de trabajo: la ciudadanía del trabajador en la empresa**

La formulación de la teoría de la eficacia horizontal<sup>1</sup> de los derechos fundamentales tiene su origen en la doctrina alemana (*Drittwirkung*) y una de las principales corrientes precursoras es la propia doctrina laboral (Nipperdey). Lo que no debe sorprender, pues es bien sabido que las relaciones de trabajo se desarrollan en el seno de organizaciones sociales (poderes económicos y sociales fácticos) que constituyen una poderosa amenaza para la dignidad y la libertad de los trabajadores. Por lo que la proclamación de la eficacia horizontal de los derechos y libertades fundamentales parece erigirse como una necesidad inapelable en nuestra sociedad; a partir de la cual se construirá lo que se ha venido a denominar la **ciudadanía del trabajador en la empresa** (a la que nos referiremos más tarde).

<sup>(1)</sup>La teoría de la eficacia horizontal tiene su origen en la doctrina alemana (*Drittwirkung*).

Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que el derecho del trabajo gravita alrededor de una antinomia entre el carácter patrimonial del trabajo y la naturaleza extrapatrimonial del cuerpo humano Supiot (1996)

Asumiendo que en la relación de trabajo el asalariado arriesga su piel y que el derecho civil es incapaz de mitigar eficazmente esta contingencia, puede decirse que el principal (y primario) objetivo del derecho del trabajo es tratar de imponer la seguridad física de las personas (Supiot, 1996).

Si el objeto del contrato de trabajo es el propio cuerpo del trabajador, es fácil advertir que su dignidad y libertad se encuentran intrínseca y permanentemente comprometidas. Sin olvidar, en paralelo, que la relación de trabajo se desarrolla en el seno de una organización compleja y está sometida, en régimen de subordinación, a una autoridad que controla y domina su trabajo.

Se afirma también que el trabajador es el presupuesto antropológico del derecho del trabajo. O bien, que quien presta un trabajo no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo: el trabajo es el hombre mismo. El trabajo es el hombre mismo, en su cuerpo y en su espíritu, y no puede constituir el objeto de un contrato de derecho civil.

Sagardoy Bengoechea (2005)

En efecto, uno de los elementos que caracteriza dogmáticamente la relación de trabajo, y que la define como tal, es la nota de **dependencia** (como una consecuencia de la ajenidad –y que junto a la voluntariedad y la remuneración definen a los conceptos de "trabajador" y, por consiguiente, de "contrato de trabajo").

Sintéticamente, el concepto de dependencia significa trabajar "dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario" (art. 1.1 Estatuto de los trabajadores –en adelante, TRLET).

Aunque debe advertirse que, hoy en día, en el ámbito jurídico-laboral, la dependencia o subordinación no debe entenderse como una sumisión completa a las órdenes del empresario, sino como un sometimiento a la organización y disciplina de la empresa; de modo que el empresario está facultado para dar directrices e instrucciones sobre la prestación de trabajo pactada, así como sobre el tiempo, lugar y contenido del trabajo.

El trabajador, al firmar el contrato de trabajo, queda sometido a los poderes organizativos y directivos del empresario. Relación especialmente polémica y discutida, pues plantea la necesidad de averiguar en qué situación queda el trabajador, en tanto que persona (ciudadano), con respecto a la posición jurídica del empresario. Es decir, cuál es la adecuada ubicación de los derechos fundamentales en la relación de trabajo; o, desde otra perspectiva, hasta dónde pueden extenderse legítimamente las citadas facultades empresariales.

En este contexto, es fácil constatar que el contrato de trabajo se caracteriza por implicar, potencial o efectivamente, importantes limitaciones a numerosos derechos fundamentales. Esto es debido, por un lado, al carácter personalísimo de la prestación a la que se compromete el trabajador y, por otro, al carácter permanente e intenso que la actividad laboral tiene para la mayoría de las personas. Por tanto, el trabajo, en su regulación contractual, es un bien jurídico para el desarrollo de la personalidad e, incluso, la empresa es un ámbito potencial de plena realización de determinados derechos fundamentales, especialmente, porque el trabajo contribuye o puede contribuir a la plena realización de la personalidad en el sentido del art. 10.1 CE (del Rey Guanter, 1995).

#### **Poder de dirección del empresario**

En términos similares a lo previsto en el art. 1.1 TRLET, el art. 20.1 TRLET afirma que el trabajo debe realizarse "bajo la dirección del empresario".

Según la STC 129/1989, "La garantía por parte de los poderes públicos, y en particular por parte del legislador, de la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador".

También se ha afirmado que "la persona humana, y más concretamente la protección de su dignidad y la potenciación del desarrollo de su personalidad, establece un vaso comunicante directo entre la Constitución y el Ordenamiento Laboral. Lo laboral es un ámbito esencial de la dignidad del hombre y es un ámbito trascendental para el libre desarrollo de la personalidad, de forma que el trabajo está constitucionalmente condicionado por los valores y principios que sirven de fundamento a los derechos fundamentales" (del Rey Guanter, 1995).

#### **del Rey Guanter (1995)**

Dentro de la empresa hay un problema de libertades públicas, en tanto que el contrato de trabajo supone por naturaleza la renuncia parcial por parte del trabajador de su libertad.

En resumidas cuentas, puede afirmarse que la misión esencial del derecho del trabajo es asegurar el respeto de la dignidad del trabajador, hasta el extremo que no existiría un verdadero Estado social y democrático de derecho sin el respeto a la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan (Sagardoy Bengoechea, 2005).

La interiorización de los derechos fundamentales en el derecho del trabajo y, particularmente, en el contrato, es un proceso intrínseco a esta disciplina jurídica, que tiene por objeto, no sólo la contención de las potenciales actuaciones lesivas o intrusivas de los poderes empresariales, sino también, la protección de la personalidad, la dignidad y la ciudadanía del trabajador (Rodríguez-Piñero, 2000).

Lo que contrasta con la concepción primigenia del contrato de trabajo, pues, era absolutamente refractaria a los derechos fundamentales.

Ahora bien, la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un entramado complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, planteándose un conflicto entre éstos y los poderes directivos y organizativos del empresario. O, de otro modo, un conflicto entre derechos fundamentales de ambas partes.

Por ejemplo, en la STC 126/2003, en la que se enjuician las manifestaciones efectuadas por un trabajador en los medios de comunicación sobre la situación de la empresa, se afirma lo siguiente: "La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él. Por ello, la capital importancia del ejercicio de la libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa, que también es objeto de garantía constitucional.

Llegados a este punto [continúa el TC], se hace necesario tener presente que la exigencia de ponderación entre ambos derechos –libertad de información y libertad de empresa– no se traduce sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegidos. Debe, en suma, procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos".

El Tribunal Constitucional ha resuelto este conflicto de un modo tajante afirmando que "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano" (entre otras, SSTC 88/1985, 106/1996, 197/1998, 196/2004 y 56/2008).

Añadiendo que, "ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de 'feudalismo industrial' repugnan al Estado social y democrático de derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)" (STC 88/1985).

En este sentido, la doctrina, de un modo muy ilustrativo, ha afirmado que el trabajador al entrar en la fábrica no cuelga, a la vez que su chaqueta para ponerse la ropa de trabajo, los derechos que la Constitución le otorga como ciudadano (Sagardoy Bengoechea, 2005).

Así pues, es inalterable que los derechos fundamentales de libertad reconocidos al trabajador también deben ser garantizados en el ámbito de las relaciones de trabajo y, por consiguiente, frente a los poderes organizativos y directivos. Erigiéndose de este modo en un poderoso (e infranqueable) contrapoder (o límite) con respecto a la posición jurídica del empresario.

Pero no sólo eso, sino que, además, se afirma que el ejercicio de los derechos fundamentales no sólo debe quedar protegido frente a las injerencias del empresario, sino también frente a posibles agresiones de otros trabajadores (STC 126/1990).

De todos modos, notad que la aceptación de este planteamiento no resuelve completamente el conflicto suscitado, sino que lo coloca en el otro extremo, pues, una vez admitida la "universalidad de direcciones" de la proclamación de los derechos constitucionales, y que su protección no puede pararse "a la puerta de las fábricas", es evidente que tampoco puede mantenerse su carácter absoluto, pues, no son derechos ilimitados (Sagardoy Bengoechea, 2005). Antes al contrario, se admiten restricciones, siempre y cuando se interpreten con cautela, de forma que no alcancen una entidad capaz de anular su operatividad (Agra Viforcós, 2006).

El impacto que tiene el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales en la estructura del contrato de trabajo describe un escenario ciertamente complejo. Especialmente porque debe buscarse un equilibrio entre la eficacia de los mismos en el contrato de trabajo y el juego de la autonomía de la voluntad y de los poderes empresariales.

STC 99/1994: "La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él. Un marco, además, que también ha contribuido a crear la voluntad del propio trabajador, en cuanto que encuentra su origen en un contrato, por especial que éste pueda ser".

Es en este estadio, entonces, donde la **modalización** del contenido de los derechos y libertades fundamentales –a la que hemos hecho referencia anteriormente– cobra pleno sentido. Adaptación que irremediablemente afectará a la estructura del contrato, incidiendo en la configuración de las facultades prototípicas que corresponden a las partes contratantes:

- En efecto, debe procederse a una reconceptualización del poder de dirección y del poder disciplinario del empresario, lo que incide en la forma como se especifica la prestación de trabajo y al modo subordinado como se presta, con el objeto de garantizar el respeto de los derechos fundamentales (Rivero Lamas, 2003).

### **STC 292/1993**

Según la STC 292/1993, el poder de control o comprobación que ostenta el empresario encuentra un límite insuperable en los derechos fundamentales del trabajador, que no pueden ser vulnerados por el empresario, obligado a respetarlos.

De todos modos, no se trata sólo de un "mero límite externo" a las facultades del empresario, sino que la interiorización de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo debe evaluarse como un mecanismo de modulación y racionalización del ejercicio regular y legítimo de los poderes empresariales (Rodríguez-Piñero, 2003).

- Un ejemplo de esta adaptación lo podemos observar en el principio de no discriminación, pues está redimensionando de un modo ciertamente notable la discrecionalidad del empresario en el ejercicio de sus facultades directivas y disciplinarias, constriñéndole a evitar determinadas conductas lesivas durante toda la vida de la relación contractual.
- Y a su vez, el trabajador, a partir del instante que se integra en el ámbito de organización y dirección del empresario, también experimentará una adaptación de los derechos y libertades que ostenta como ciudadano.

De todos modos, aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales es un componente esencial del orden público, de ahí no se sigue que su invocación pueda ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas (STC 19/1985). Pues, "los derechos fundamentales no añaden a[la relación

laboral]contenido determinado alguno, ya que no constituyen por sí mismos ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales" (STC 129/1989).

### STC 91/1983

"Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución [...] no son derechos ilimitados sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (art. 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos."

De lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que el ejercicio de estos derechos está sometido a los siguientes límites (Durán López, 1992):

- No son derechos ilimitados, por lo que su ejercicio ha de realizarse sin rebasar los límites que para los mismos vengán establecidos (STC 126/1990).
- No pueden emplearse para "romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas" (STC 6/1988).

Es decir, que la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo y la protección de su ejercicio no significa que, por ello, puedan alterarse los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato de trabajo; ni que la organización de la empresa ni las facultades organizativas del empresario deban subordinarse al ejercicio de tales derechos.

#### Nota

La sujeción del empresario a los derechos fundamentales no justifica un menoscabo de los principios de seguridad jurídica y *pacta sunt servanda* (los pactos están para ser cumplidos).

Así pues, como ha afirmado el propio Tribunal Constitucional (STC 177/1988) los derechos fundamentales **han de aplicarse matizadamente**, pues han de hacerse compatibles con otros valores y parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente relación jurídica.

Es obvio que la autonomía de la voluntad "no puede ser un título que justifique una desprotección intolerable de los derechos fundamentales de los particulares; pero tampoco estos últimos pueden sofocar, en una proyección maximalista, a la autonomía privada y el ámbito de libertad personal". Rivero Lamas (2003)

**Matización** que resulta de la aplicación de una serie de principios como el **abuso de derecho** o la **buena fe** (frecuentemente cuando se trata de la libertad de expresión) "cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección" (STC 120/1983).

### STC 6/1988

En este sentido, en la STC 6/1988 se afirma que "el cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato laboral proscriben, si duda, cualesquiera actuaciones del trabajador intencionalmente dirigidas a inferir un daño moral o material al empleador, supuesto éste en el que, ocioso es decirlo, el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno".

Ahora bien, la exigencia de un deber genérico de lealtad no debe identificarse con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial. De todos modos, ello "no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe" (STC 120/1983).

### **La buena fe**

La doctrina laboral (Gil y Gil, 2003) entiende que a la luz del principio constitucional de la buena fe, el empresario ha de salvaguardar los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, en la medida que no suponga un sacrificio apreciable de sus propios intereses (debe tratar de prevenir su violación, debe tenerlos en cuenta en la organización del trabajo y debe ejercer los poderes empresariales que ostenta para protegerlos –no puede permanecer inactivo frente a las lesiones. De modo que se erige en un mecanismo de equilibrio entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales.

Esta adaptación debe efectuarse "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo a su vez de derechos que han recibido consagración en el texto constitucional (arts. 33 y 38 CE)" (SSTC 99/1994 y 136/1996).

Este condicionamiento, incluso, puede ser mayor en las denominadas como "**empresas de tendencia**" por cuanto que su función u objeto social es la transmisión de un determinado **ideario**.

O, dicho de otro modo, el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa y del derecho a la propiedad, y la consiguiente existencia de exigencias derivadas de la organización empresarial, se erigen en un límite para el reconocimiento de efectos a los derechos fundamentales.

De modo que determinadas manifestaciones del ejercicio de un derecho fundamental que en otro ámbito podrían considerarse como perfectamente legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el seno de la relación laboral (SSTC 123/1983 y 177/1988).

Ahora bien, esto no quiere decir que el mero "interés empresarial" justifique, *per se*, la adaptación de los derechos fundamentales a los requerimientos de la organización productiva, "sino que tales exigencias organizativas deben venir especialmente cualificadas por razones de necesidad, siendo preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial" (STC 136/1996).

De lo expuesto se colige:

- Primero, el problema esencial viene dado por la necesidad de localizar hasta dónde pueden extenderse lícitamente las restricciones a los derechos fundamentales en nombre de los intereses empresariales.

- Segundo, que estos conflictos sólo pueden esclarecerse a partir de una aproximación puramente casuística, teniendo en cuenta las específicas circunstancias de cada caso.

En este proceso, debe tratarse de hallar una ponderación de los conflictos de derechos e intereses subyacentes, "que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo" (STC 6/1995).

Y esta valoración que exige un "**juicio de razonabilidad**", que permita evaluar las "**razones de necesidad**" de la organización empresarial y la "**proporcionalidad**" de la limitación de los derechos fundamentales derivada de los requerimientos empresariales.

Según las SSTC 37/1998 y 186/2000 (entre otras), la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la **estricta observancia del principio de proporcionalidad**. Y para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera este **juicio de proporcionalidad**, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

- si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
- si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad);
- y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

### **Carta de Derechos Fundamentales**

En este sentido, el art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000) establece que: "1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el **principio de proporcionalidad**, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás".

De todos modos, como es fácil advertir, más allá de la generalidad de estas reglas, resulta sumamente complejo poder determinar en un caso concreto y *a priori* si se está produciendo una violación de un derecho fundamental o no. Debiéndose proceder a un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso concreto.

### 1.3. Los derechos fundamentales laborales específicos e inespecíficos

En el epígrafe anterior hemos comprobado como el reconocimiento de derechos fundamentales al trabajador suscita un problema de conciliación entre la subordinación inherente al contrato de trabajo y a la finalidad de la empresa, por una parte, y los límites que esta subordinación no puede sobrepasar sin atentar a la parte inalienable de los derechos y libertades fundamentales, por otra (del Rey Guanter, 1995).

La CE reconoce el Estado social y democrático de derecho (art. 1 CE) y asigna a los sindicatos de trabajadores y empresarios el papel de contribuir a la promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE).

En paralelo, se reconoce a los trabajadores un conjunto de derechos de carácter colectivo: derecho a sindicarse libremente (arts. 7 y 28.1 CE), el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y el derecho de huelga (art. 28.2 CE).

Art. 7 CE: "Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos".

Art. 28.1 CE: "Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato".

Art. 37.1 CE: "La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios".

Art. 28.2 CE: "Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

Éstos son derechos específicamente laborales que, en esencia, responden a una lógica de defensa frente a la explotación económica y que ha inspirado y disciplinado el derecho del trabajo (Rodríguez-Piñero, 2003). Desde una perspectiva doctrinal, se entiende que se trata de derechos laborales **específicos** (Palomeque López, 1991), pues sólo pueden ser ejercitados por trabajadores, como tales trabajadores.

Además, son derechos que tienen como especial condicionamiento que sólo se explican y pueden ejercitarse en el marco de una relación laboral (Sagardoy Bengoechea, 2005).

En las páginas que siguen se procederá a un análisis detallado de los derechos fundamentales específicos. Esto es, los derechos a la libertad sindical y a la huelga.

La CE también reconoce una serie de derechos fundamentales que, aunque no tienen una dimensión estrictamente laboral (específicos), tienen una incidencia notable en el ámbito laboral. La expresión **derechos laborales inespecíficos** se emplea precisamente para referirse a los atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al mismo tiempo son trabajadores; convirtiéndose en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer. O, dicho de otro modo, son derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano (Palomeque López, 1991).

Estos derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos son los siguientes:

a) Derechos de igualdad y no discriminación, art. 14 CE. A pesar de que no tienen un contenido típicamente laboral y que ostentan un alcance general, presentan un ámbito de aplicación espacialmente apropiado en las relaciones laborales.

De hecho, son derechos recogidos expresamente en los arts. 4.2 c) y 17 TRLET.

#### **Arts. 4.2.c ET y 17 TRLET**

Según el art. 4.2.c TRLET, los trabajadores tienen derecho a "no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate".

Y de acuerdo con lo previsto en el art. 17 TRLET, "Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación".

b) La libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), en virtud de la cual, nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE). Debiéndose entender incluida la afiliación sindical, STC 94/1998.

c) El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE) –recogido en la legislación laboral en el art. 4.2.e TRLET:

Los trabajadores tienen derecho "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo".

d) El derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a CE) –recogido en la normativa laboral, únicamente como garantía de los representantes de los trabajadores en la empresa, en el art. 68.d TRLET:

"Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: d) expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa".

e) El derecho a "comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión" (art. 20.1.d CE).

f) El derecho de reunión (art. 21 CE), recogido en la legislación laboral en los siguientes preceptos: art. 4.1.f TRLET, derecho de reunión; arts. 77a 80 TRLET, derecho a reunirse en asamblea; y art. 8.1.b) LOLS, derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato a celebrar reuniones, previa notificación al empresario en la empresa o centro de trabajo.

#### **Derecho de reunión y STC 18/1981**

Según la STC 18/1981, "Si bien el derecho de reunión se tiene en principio frente a los poderes públicos, es admisible y lógico que, con sujeción a la Constitución y sin perjuicio de su regulación general, se puedan contemplar también especialidades en su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito laboral o del personal al servicio de la Administración, en la medida en que puede afectar de alguna manera al funcionamiento de la actividad de que se trate y en que requiere además normalmente la colaboración de la empresa privada o de la Administración para hacerlo efectivo (por ejemplo, reuniones en horas de trabajo o en locales de la empresa)". Por otra parte, "uno de los fines lícitos para los que puede ejercitarse el derecho de reunión es el relativo a la acción sindical".

g) El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), recogido en los arts. 4.2.g y 65.1 TRLET y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

#### **Tutela judicial efectiva**

Art. 4.2.g TRLET: Los trabajadores tienen derecho "al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo".

Art. 65.1 TRLET: "Se reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros".

h) El derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 CE).

Como elementos caracterizadores de todos los derechos enunciados, se puede afirmar que estos derechos inespecíficos son derechos de **libertad**, en tanto que atañen a la persona, y de **inmunidad**, en tanto que de ellos se tiene una expectativa de ausencia de intromisiones o injerencias.

La CE, asimismo, reconoce a los trabajadores un conjunto de derechos que no tienen la condición de fundamentales: se reconoce el derecho al trabajo, al pleno empleo, al percibo de un salario suficiente, a la libertad profesional y a la promoción social (art. 35.1 CE, que integra el concepto de estabilidad en el empleo y el sistema de extinción causal del contrato, SSTC 22/1981 y 20/1994); el derecho al descanso y a las vacaciones retribuidas, así como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE); o bien, el derecho de participación de los trabajadores (art. 129.2 CE). Repárese que, aunque se trate de derechos recogidos en la Constitución, ninguno de ellos tiene el rango de fundamental a diferencia de los derechos colectivos (recogidos en el art. 28.1 y 2 CE).

El hecho de que la CE atribuya el carácter de fundamental (esto es, incluido en la sección 1.ª del capítulo II, del título I) a "derechos colectivos", probablemente pueda explicarse como una evolución necesaria frente a la prohibición de la libertad sindical y la huelga durante el franquismo.

Para cerrar esta aproximación, conviene recordar que, además, el art. 40.2 CE, integrado en el capítulo III (Principios rectores de la política social y económica) emplaza a los poderes públicos para fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesional y para que velen por la seguridad e higiene en el trabajo, garantizando el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados. El art. 41 CE, por su parte, proclama que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

Aunque es cierto que los derechos fundamentales limitan las facultades organizativas del empresario, esto no quiere decir que se le esté imponiendo una actitud de fomento o promoción (similar a la que se exige a los poderes públicos). De hecho, a diferencia de los derechos fundamentales específicos (en los que se exige una labor de promoción por parte del empresario), se entiende que con respecto a los derechos inespecíficos la conducta del empresario debe regirse por el principio de **neutralidad** (STC 19/1985).

Por otra parte, es importante advertir que el empresario también ostenta derechos fundamentales inespecíficos (derecho al honor y a la intimidad, a la libertad de expresión, etc.).

De todos modos, teniendo en cuenta que las facultades que tiene reconocidas el empresario en virtud del contrato de trabajo le legitiman para ejercer de forma inmediata dichos poderes, es lógico entender que la trascendencia de los derechos fundamentales inespecíficos se prediquen con carácter unilateral o prioritario en beneficio del trabajador, pues es quien se halla más amenazado (del Rey Guanter, 1995).

En suma, podemos afirmar que el impacto de los derechos fundamentales no estrictamente laborales (o inespecíficos) en el contrato de trabajo ha sido extraordinario. Especialmente, porque se constata que una doctrina del Tribunal Constitucional, construida empleando normas jurídico-laborales o a partir de

supuestos propios del ámbito laboral, ha sido aplicada a preceptos o supuestos no laborales, convirtiéndose, en definitiva, en un parámetro de referencia. Por este motivo, la doctrina laboral habla de la existencia de una "**Constitución laboral**", de un "**bloque de constitucionalidad laboral**" o de una "**laboralización de la Constitución**".

En paralelo, también se habla de una **constitucionalización del derecho del trabajo**, esto es, la incorporación de los principios fundamentales configuradores de esta disciplina jurídica en la norma fundamental (Alarcón Caracuel, 1992; y Rodríguez-Piñero, 1992).

## 2. El derecho a la libertad sindical: evolución histórica y reconocimiento constitucional

Durante la revolución industrial la acción colectiva entra frontalmente en conflicto con los postulados liberales. En esencia, porque se entiende que altera profundamente las reglas del mercado al fijar de un "modo ficticio" el precio de las cosas.

Esta fuerza colectiva, en un primer estadio, se corporiza en coaliciones de carácter esporádico, sociedades de socorros mutuos y de resistencia y, más tarde, en sindicatos propiamente dichos (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, pág. 47).

Esta resistencia desemboca en la implacable persecución de las acciones colectivas obreras, calificándose como actividades subversivas y por ello, prohibiéndose y tipificándose penalmente.

Un buen ejemplo puede encontrarse en la conocida Ley Le Chapelier (1791), pues con su promulgación se prohíben las asociaciones profesionales (el Decreto de Allarde, 1791, con anterioridad ya había suprimido los gremios).

"Se necesita una media docena de cardadores de lana para dar trabajo a un millar de hilanderos y tejedores. Al asociarse para no admitir aprendices, no solamente pueden monopolizar el trabajo, sino también reducir a la esclavitud a toda la manufactura, y así, elevar el precio de su trabajo muy por encima de lo que se merece la naturaleza del mismo". Adam Smith (1776). *La riqueza de las naciones* (libro I, capítulo X, parte II).

No obstante, con el paso del tiempo, el incremento de la presión social (y la necesidad de hallar métodos que posibiliten el gobierno de los conflictos colectivos) fuerza al Estado a suavizar su postura ante este fenómeno: primero, tolerándolo y, posteriormente, reconociendo jurídicamente el derecho a la libertad sindical y, en particular, a la negociación colectiva, como expresión privilegiada de la autonomía colectiva.

De todos modos, conviene advertir que aunque estas fases se suceden de un modo ordenado en la mayor parte de países europeos, se dan ciertas discrepancias cronológicas, en función del momento en el que eclosiona la revolución industrial y de los distintos niveles de refracción de los regímenes políticos al movimiento obrero.

El caso de la legislación española no ha sido una excepción. La libertad de asociación se consagra por primera vez en España en la Constitución de 1876. Aunque no fue hasta la Ley de Asociaciones de 1887 cuando se incluyó en su ámbito de aplicación a las asociaciones profesionales.

De todos modos, el derecho de sindicación libre no se reconoce en España hasta la Constitución de la II República (1931), desarrollado posteriormente por la Ley de Asociaciones Profesionales (1932).

### Movimiento sindical en EE.UU.

La primera reunión entre representantes de trabajadores y patronos de la que existen pruebas documentales fue para tratar de las peticiones laborales y se celebró entre los zapateros de Filadelfia y sus patronos en 1799.

### OIT

En el documento fundacional de la OIT, parte XIII del Tratado de Versalles de 1919, se afirma el principio de la libertad de asociación sindical (sección 1.ª).

Durante el franquismo, se suprimen las libertades públicas y, entre ellas, la libertad sindical. Durante este período, se prohíben los sindicatos de clase y el régimen sindical es único, obligatorio y mixto (el "sindicato vertical", donde se encuadraban tanto los "productores" como los empresarios, inspirado en la doctrina fascista italiana de la época). No obstante, a finales de los años cincuenta, empieza a producirse una gradual reconstrucción de las relaciones industriales.

Situación que se regularizará con plenitud con la instauración de la democracia.

No obstante, conviene tener en cuenta que durante la transición las dos principales fuerzas sindicales, UGT y CC. OO., defendían estrategias claramente diferenciadas en la configuración del nuevo modelo sindical. UGT defendía la acción sindical "pura" y aspiraba a relegar a un plano secundario el papel de los comités de empresa y delegados de personal, pues, en tanto que herederos de los jurados de empresas y enlaces sindicales, debían desaparecer por completo en el nuevo modelo democrático. Por su parte, CC.OO. (con una fuerte implantación en las empresas), estimaba, en cambio, que debían mantenerse todas aquellas instituciones jurídicas laborales, procedentes del régimen anterior, pues se habían consolidado como prácticas sindicales muy eficaces. Esta confrontación es la causa del **doble canal de representación de los trabajadores en la empresa (sindical y unitario)** existente en el modelo español de relaciones laborales (y sobre el que nos referiremos brevemente con posterioridad).

## 2.1. La libertad sindical: definición y contenido

El Tribunal Constitucional ha manifestado que el art. 28.1 CE no agota el contenido total del derecho a la libertad sindical. En concreto, afirma que "por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del art. 28.1 CE, a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerarse exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad" (STC 23/1983).

Por este motivo puede afirmarse que:

El derecho a la libertad sindical comprende la posibilidad de sindicarse libremente y la libertad para fundar sindicatos. Además, de esta vertiente organizativa o asociativa, también comprende una vertiente funcional o de actividad, esto es, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 168/2006 y 4/1983).

Como afirma la STC 281/2005, "aun cuando del tenor literal del art. 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE, efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que llama a los textos internacionales ratificados por España –en este caso, Convenios núm. 87 y 98 OIT, señaladamente–, que la enumeración de derechos efectuada en el primeramente referido precepto constitucional no se realiza con el carácter de *numerus clausus*, sino que en el contenido de dicho precepto se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden".

De este modo la libertad sindical está integrada por los derechos de actividad y los medios de acción que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical (STC 11/1981).

La función del sindicato "no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley les invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *ut singulus*, sean de necesario ejercicio colectivo" (STC 70/1982).

E, incluidos en estos derechos de actividad y medios de acción están (SSTC 4/1983; 98/1985; y 281/2005):

- la negociación colectiva;
- la huelga y el planteamiento de conflictos individuales y colectivos;
- cualquier forma lícita de actuación que los sindicatos consideran adecuada para el cumplimiento de los fines a los que están constitucionalmente llamados, como la libertad de expresión o la libertad de información.

Por ejemplo, el derecho a celebrar reuniones en las que concurran afiliados al sindicato que las convoque también forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. Derecho que es independiente del derecho de reunión reconocido en el art. 21 CE (STC 91/1983).

Estas expresiones del derecho fundamental (organizativas o asociativas y funcionales o de actividad) constituyen su núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical (STC 70/1982), sin el cual este derecho no sería reconocible (STC 39/1986).

En coherencia con la vertiente funcional del derecho, siguiendo con la STC 281/2005, la LOLS establece que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical (art. 2.1 d) y, de otra parte, que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de su libertad sindical, tienen derecho a desarrollar actividades sindicales en la empresa o fuera de ella (art. 2.2 d).

Junto a este contenido esencial –siguiendo a la STS, 14 de julio del 2006– se da otro contenido que se concibe desde "la perspectiva **histórica** o **temporal** de las sucesivas regulaciones posibles en el marco de un sistema político pluralista; el contenido esencial sería así lo que tiene que persistir en el cambio

de las regulaciones como elemento que hace reconocible el derecho, mientras que el contenido histórico es el que, dentro del propio derecho constitucional, añade la Ley orgánica". Por ejemplo, forman parte de este contenido temporal o variable el derecho a la utilización del tablón de anuncios, el régimen de permisos y excedencias del art. 9 LOLS y las garantías de los delgados sindicales previstas en el art. 10 LOLS.

De modo que el contenido esencial se configura como un núcleo permanente e indisponible para el legislador, mientras que ese otro contenido añadido aparece como una manifestación histórica del derecho, en el que hay una cierta libertad de configuración por parte del legislador, y en este sentido sería variable en el tiempo, aunque con esos límites forma parte del contenido constitucional y desempeña un papel relevante, pues se produce la adaptación del derecho a las exigencias de la realidad social de cada momento.

Llegados a este punto, debe recalcarse que este contenido histórico o variable, aunque excede del esencial, forma parte del contenido constitucional porque la LOLS, que está habilitada para ello por la propia Constitución, lo ha considerado como algo que en un determinado momento resulta necesario para un adecuado ejercicio del derecho.

Y más allá de este contenido constitucional ("esencial" –e "histórico"–), está el **contenido adicional** en sentido estricto. Este contenido se refiere a derechos o facultades atribuidos a los sindicatos por normas legales o convenios colectivos que pasen a engrosar o a añadirse al citado núcleo esencial (entre otras, STC 70/2000). Como, por ejemplo, el derecho de representación institucional y el derecho de promoción y presentación de candidaturas en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en las administraciones públicas.

No conviene confundir el derecho a convocar elecciones, con el derecho a presentar candidaturas, pues, mientras que el primero tiene naturaleza adicional, el segundo forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, y por ello está atribuido a cualquier sindicato (art. 2.2.d LOLS).

Así, el derecho fundamental se integra, no solo por su contenido esencial, sino también por ese contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el art. 28.1 CE (entre otras, SSTC 173/1992; 13/1997; y 36/2004).

Aunque siguiendo con la STC 281/2005, no puede afirmarse que todo incumplimiento es susceptible de infringir el derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE. En concreto, "tal violación del derecho fundamental se dará cuando dichos impedimentos u obstaculizaciones existan y no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos, que el autor de la norma legal o reglamentaria haya podido tomar en consideración".

#### Contenido constitucional de la libertad sindical

Está compuesto por el contenido esencial que proclama el art. 53.1 CE y el contenido histórico, temporal o variable previsto por la Ley Orgánica.

*Vid.* también, SSTC 51/1988; y 30/1992.

Estos derechos adicionales, en la medida en que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical (SSTC 201/1999; y 44/2004).

De todos modos, junto al contenido adicional de fuente legal o convencional, también pueden existir derechos que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario (SSTC 132/2000; y 269/2000). En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con el contenido adicional de fuente legal o convencional (que resulta indisponible para el empresario), este puede suprimir las mejoras o derechos de esa naturaleza que previamente haya concedido. Ello no implica, sin embargo, que las decisiones empresariales de ese estilo (supresión de concesiones unilaterales previas que incrementen los derechos y facultades de las organizaciones sindicales) resulten ajenas a todo control constitucional desde la perspectiva del art. 28.1 CE. Esto es así porque la voluntad empresarial –como no podía ser de otro modo– también se encuentra limitada por el derecho fundamental de libertad sindical, de manera que la posibilidad de invalidación de lo previamente concedido tendrá su límite en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical (STC 269/2000).

Como es obvio, siguiendo con la STC 281/2005, el contenido adicional del derecho fundamental, ya sea de fuente legal o convencional, ya tenga origen en una atribución unilateral del empresario, puede añadir prerrogativas y poderes sindicales distintos a los comprendidos en el contenido esencial del art. 28.1 CE, pero puede también quedar referido a los derechos y facultades que integran ese núcleo mínimo e indisponible del derecho fundamental, articulando, más que nuevos derechos sindicales, ventajas y posibilidades complementarias. Esto es, precondiciones para un ejercicio efectivo e instrumentos de acción positiva para el favorecimiento y la mayor intensidad de los derechos que integran el contenido esencial de atribución constitucional directa. Lo que significa que la libertad de las organizaciones sindicales para organizarse a través de los instrumentos de actuación que consideren más adecuados podrá venir acompañada y favorecida por cargas y obligaciones de terceros, como el empresario, dirigidas a una efectividad promocional de los derechos y facultades que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical.

Esta distinción entre contenido constitucional (esencial e histórico) y adicional es sumamente relevante por varios motivos:

- 1) En primer lugar, porque el contenido esencial delimita un mínimo indisponible cuya violación implicaría un recurso de inconstitucionalidad o una cuestión de inconstitucionalidad.

2) En segundo lugar, porque el Tribunal Constitucional, en virtud de la diferencia entre el contenido esencial y el adicional, ha admitido la posibilidad de "introducir diferencias entre los sindicatos, para asegurar la efectividad de la propia actividad que a aquellos se les encomienda, siempre que las diferencias se introduzcan con arreglo a criterios objetivos, que aseguran que en la selección no se van a introducir diferenciaciones caprichosas o arbitrarias, porque en ese caso, la propia diferenciación contradiría el principio de igualdad de trato y quebraría, sin justificación o con justificación insuficiente, el libre e igual disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos. En la medida en que estos derechos adicionales, concedidos a unos sindicatos sí y a otros no, sobrepasan el núcleo esencial de la libertad sindical –que debe ser garantizado a todos–, tampoco se vulnera el art. 28.1 CE" (STC 39/1986).

Por tanto, siguiendo con la STC 9/1988, la atribución de estos derechos adicionales "a los sindicatos no permitiría afirmar que tales sindicatos pueden ampararse en el contenido esencial de su libertad sindical para exigir el efectivo ejercicio de la facultad o derecho mencionado, pues esta «no emana necesariamente de la libertad sindical, sino que es creación de la ley en sentido amplio y a ella sola debe ser remitida»".

3) En tercer lugar, las organizaciones sindicales tienen derecho a que el empresario asuma las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa (contenido adicional). Pero, por otra parte, como se ha apuntado, no pueden demandar actos positivos de esta naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación (STC 281/2005). Es decir, el empresario no debe llevar a cabo actos favorecedores de la libertad sindical si no existe una norma que así lo imponga.

De todos modos, no puede confundirse la ausencia de una obligación promocional que obligue al empresario más allá de aquellos ámbitos, con la posibilidad de que este adopte decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impeditivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad.

4) Y, en cuarto lugar, la distinción entre el contenido constitucional (esencial e histórico) y adicional de la libertad sindical ha permitido a los tribunales delimitar el ámbito de actuación del mecanismo de protección jurisdiccional privilegiado que describe el art. 176 de la Ley de Jurisdicción Social (en adelante, LRJS). En concreto, en la medida en que el contenido adicional, a diferencia del constitucional (esencial e histórico), no está en la Constitución, ni en la Ley Orgánica, queda fuera de este proceso de tutela (STS, 14 de julio 2006).

En cambio, la distinción entre el contenido esencial y el contenido adicional no es relevante a los efectos del derecho de los titulares de la libertad sindical a recabar su tutela ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo (STC 13/1994).

En otro orden de consideraciones, conviene tener presente que los sindicatos no son las únicas instituciones que pueden representar a los trabajadores y promover y defender sus intereses económicos y sociales. Concretamente, en el ordenamiento jurídico español existen otros sujetos, de creación legal o convencional, como por ejemplo, los comités de empresa, los delegados de personal o las juntas de personal que pueden realizar estas actividades. El modelo español, como se ha avanzado, prevé un "doble canal" de representación de los trabajadores en la empresa (o, en palabras de la STC 118/1983, un "sistema sindical dual").

Es importante advertir que estos dos modelos no se excluyen y pueden coexistir sin problemas de un modo simultáneo en el seno de las empresas.

Y, para ello cuentan con medios de acción y con derechos constitucionales y legales, como son el derecho de huelga (art. 28.2 CE), la negociación colectiva (art. 37.1 CE) o la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE), que el texto constitucional no reserva en exclusiva a los sindicatos (STC 134/1994).

No obstante, existe un tratamiento diferenciado entre la representación sindical y la unitaria. En efecto, el art. 7 CE "constitucionaliza al sindicato" no haciendo lo mismo con la representación unitaria, que "es creación de la Ley y solo puede encontrar (...) una indirecta vinculación con el art. 129.2 CE".

Los órganos de representación en la empresa, aparte de su indirecta vinculación con el art. 129.2 CE, son creación de la Ley y solo poseen las competencias que esta expresamente les atribuya, mientras que el Sindicato está reconocido en la Constitución y de ella recibe sus funciones, formando parte de la libertad sindical (...) el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar" (STC 37/1983).

Por consiguiente, "la libertad sindical no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical" de la representación unitaria (STC 118/1983).

## 2.2. Fuentes de la libertad sindical

El derecho a la libertad sindical está recogido en múltiples disposiciones de ámbito internacional y nacional. A continuación, se procede simplemente a su enumeración.

A **nivel internacional**, la libertad sindical está reconocida en los principales tratados de derechos humanos:

a) Art. 23.4 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948);

### Libertad sindical y tratados internacionales

La libertad sindical está reconocida en los principales tratados de derechos humanos.

"Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

**b) Art. 8 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966);**

"1. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de estas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas.

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías."

**c) Art. 22 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966);**

"1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías".

**d) Convenio núm. 87 OIT (1948), sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; y Convenio núm. 98 OIT (1949), sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva;**

Art. 2: "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas".

#### Comité de Libertad Sindical - OIT

Es una institución dependiente del Consejo de Administración de la OIT, encargado de examinar las quejas en relación con los Convenios núm. 87 y 98 OIT.

En relación con el papel de la OIT, conviene tener presente que, adoptados los Convenios núms. 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva, esta organización llegó a la conclusión de que el principio de libertad sindical exigía la adopción de otros procedimientos de control para garantizar su cumplimiento en los países que no habían ratificado dichos convenios. Como consecuencia de ello, en 1951 se creó el **Comité de Libertad Sindical** con el objetivo de examinar las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical, hubiese o no ratificado el país concernido tales convenios.

#### e) Parte I.5 de la Carta Social Europea (1961):

"Todos los trabajadores y empleados tienen derecho a asociarse libremente en organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales".

#### f) Art. 11.1 y 2 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950):

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos, y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado".

#### g) Art. 11 Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989):

"Los empresarios y trabajadores de la Comunidad Europea tienen derecho a asociarse libremente a fin de constituir organizaciones profesionales o sindicales de su elección para defender sus intereses económicos y sociales.

Todo empresario y todo trabajador tiene derecho a adherirse o no libremente a tales organizaciones, sin que de ello pueda derivarse ningún perjuicio personal o profesional para el interesado".

#### h) Art. 12.1 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000):

"Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses".

A **nivel nacional**, la libertad sindical, junto con el derecho de huelga, son –como se ha expuesto– los únicos derechos "específicamente" laborales comprendidos en la sección 1.ª del capítulo II, título I CE.

El desarrollo legislativo del art. 28.1 CE se ha canalizado, como se expondrá detalladamente en las páginas que siguen, a través de la LO 11/1985, 2 de agosto, Libertad Sindical (LOLS).

Por su parte, el art. 4.1b) TRLET establece que "Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de libre sindicación".

### **2.3. Manifestaciones de la libertad sindical**

La libertad sindical es un concepto ambivalente, pues se predica tanto de los trabajadores individualmente considerados como de los sindicatos ya constituidos. En el primer caso, se habla de **libertad sindical individual**; y en el segundo, de **libertad sindical colectiva** o **autonomía sindical**.

La libertad sindical individual se concreta en las siguientes manifestaciones:

- **Libertad sindical positiva**, consistente en la libertad para constituir un sindicato (**libertad de constitución**) y para afiliarse a uno ya constituido (**libertad de afiliación**).
- **Libertad Sindical negativa** para no sindicarse o para abandonar el sindicato al que se estaba afiliado.

Y la libertad sindical, en su **vertiente colectiva**, comprende, como ya se ha apuntado, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado. Esto es, supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 168/2006 y 4/1983).

En las páginas que siguen se procederá al estudio pormenorizado de estas dos manifestaciones de la libertad sindical.

### **2.4. La libertad sindical individual**

#### **2.4.1. Fundación de un sindicato (libertad de constitución)**

La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos sin autorización previa (art. 2.1.a LOLS) ni injerencias empresariales (entendiéndose como tal, "fomentar la constitución de sindicatos", art. 13.2 LOLS), así como el derecho a suspenderlos o extinguirlos por procedimientos democráticos.

El sindicato es una organización permanente de trabajadores asalariados para la representación y defensa de sus intereses de clase, económicos y sociales, ante el empresario y su organización.

#### Sindicatos y pluralismo

La unidad sindical coactiva o autoritariamente impuesta, proceda del Estado o de un sindicato dominante, viola la facultad de crear sindicatos en concurrencia, que es esencia de la libertad sindical (Alonso Olea y Casas Baamonde, 2003).

Asumiendo que la creación de un sindicato es libre "dentro del respeto a la Constitución y la Ley" (art. 7 CE) y que es una "asociación de relevancia constitucional" (por todas, STC 3/1981), la LOLS exige el cumplimiento de requisitos adicionales para su constitución (no previstos para el resto de asociaciones que no ostentan dicha consideración).

#### **Elemento subjetivo (y particularidades, limitaciones y exclusiones de la libertad sindical)**

Se trata de un derecho atribuido a todos los trabajadores, art. 1.1 LOLS (con las excepciones previstas en el art. 3.1 LOLS).

Debiéndose entender que el término *trabajadores* se refiere "tanto a aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas" (art. 1.2 LOLS).

Los "sujetos de una relación laboral" son los trabajadores asalariados por cuenta ajena, tal y como se prevé en el art. 1 TRLET.

En este sentido, es importante tener en cuenta que la titularidad del derecho es independiente de la afiliación o no de los trabajadores a un sindicato, pues sería inadmisibles que "ante una misma actividad organizada o promovida por un sindicato, los afiliados al mismo que la siguieran estuviesen cubiertos por la garantía del art. 28.1 CE y, en cambio, los trabajadores que no estuvieran afiliados, siguiendo la misma actividad y realizando los mismos actos, carecieran de esta cobertura" (STC 134/1994).

Aunque el art. 28.1 CE proclama que se trata de un derecho cuya **titularidad** la ostentan "todos", lo cierto es que también prevé la posibilidad de que determinados colectivos vean limitado su ejercicio, o bien, queden completamente excluidos del mismo.

Están capacitados para afiliarse libremente a un sindicato, pero no a constituir uno que tenga por objeto la tutela de sus intereses particulares (art. 3.1 LOLS):

1) los **trabajadores por cuenta propia o autónomos no empresarios**, es decir, que no tengan trabajadores a su servicio (STC 98/1995).

En relación con los trabajadores autónomos, se ha admitido la constitucionalidad (STC 98/1985) de su exclusión de la libertad sindical para la constitución de sindicatos propios, atribuyéndoles, para alcanzar este objetivo, el derecho de asociación; pero, a su vez, se les reconoce el derecho de integración a sindicatos ya existentes. La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, ha confirmado esta configuración.

2) los **trabajadores inactivos** para encontrarse en situación de desempleo, por haber cesado en su actividad laboral como consecuencia de su incapacidad (trabajadores incapacitados) o porque ya están jubilados.

Lo que no impide que estos colectivos puedan defender sus intereses singulares mediante la constitución de asociaciones (art. 3.1 LOLS y art. 22 CE).

En relación con los **funcionarios**, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el reconocimiento del derecho de libre sindicación deriva "directamente del mandato del artículo 28 CE, cuyo término *todos* los incluye, como se demuestra por su referencia posterior" (STC 98/1985).

De todos modos, este derecho, salvo para aquellos a quienes les está completamente excluido, presenta "algunas particularidades" (arts. 28.1 y 103.3 CE), sin que la libertad de constitución o de afiliación queden afectadas (STC 98/1985).

"El ejercicio de la libertad sindical en el seno de las administraciones públicas reconocido en la Constitución (art. 103.3) está sometido a ciertas peculiaridades, derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública (art. 103.1 CE) y que no pueden ser objeto de subversión ni menoscabo" (STC 143/1991).

Esta singularidad puede apreciarse en el hecho de que tienen unas instancias específicas de participación (delegados de personal y juntas de personal); así como un sistema de negociación colectiva propio (sometido a un procedimiento de consulta o negociación).

La libertad sindical de los miembros de los **Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que no tengan carácter militar** (Cuerpo Nacional de Policía, cuerpos de policía de las comunidades autónomas y cuerpos de policía dependientes de las corporaciones locales, art. 1.5 LOLS y art. 104.2 CE) también presenta algunas "particularidades" (o limitaciones). Según la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los miembros de la Policía Nacional pueden constituir organizaciones sindicales siempre que:

- a) tengan un ámbito territorial nacional;
- b) se limiten a la defensa de sus intereses profesionales;
- c) estén formadas exclusivamente por miembros del Cuerpo Nacional de Policía; y
- d) no pueden federarse o confederarse con otras organizaciones sindicales.

Limitaciones que son similares a las establecidas para los cuerpos de policía autonómicos y locales.

En la medida en que el legislador optó por limitar el derecho a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la STC 273/1994, refiriéndose a la Policía local, afirma que debe tenerse en cuenta que "limitar" del derecho de libertad sindical no es "excepcionar", pues la libertad sindical "debe contar con una zona de existencia en la que pueda ser reconocida, lo que presupone, a su vez, la existencia de ciertos contenidos –por mínimos que estos sean– en que sustanciarse aquella libertad, pues lo contrario supondría tanto como la negación práctica de la misma".

En concreto, respecto de los miembros de la Policía local, "la libertad de sindicación no se circunscribe exclusivamente a la afiliación y constitución de organizaciones sindicales, sino que, además, aquella también alcanza a lo que genéricamente se conoce como acción sindical", esto es, entre otros, "el derecho de información y la posibilidad de adoptar medidas de presión sindical, siempre que, obviamente, no excedan los límites legalmente establecidos" (STC 273/1994).

Los funcionarios de las **Fuerzas Armadas** y de los institutos armados de carácter militar (art. 28.1 CE y art. 1.3 LOLS) y los **funcionarios de las carreras judicial y fiscal** (art. 127.1 CE y art. 1.4 LOLS) quedan excluidos de la titularidad de la libertad sindical.

Tampoco pueden fundar sindicatos los **empresarios**. En este sentido, las SSTC 52 y 75/1992 han manifestado que "las asociaciones empresariales no son en todo caso equiparables a los sindicatos de trabajadores. Por más que la Constitución les atribuya análoga relevancia a unas y otros (art. 7), el asociacionismo empresarial no se encuentra tutelado por el específico derecho reconocido en el art. 28.1 CE".

Aunque los Convenios núm. 87 y 141 OIT atribuyen el derecho de libertad sindical a trabajadores y empresarios (se refiere a "sindicatos de empleadores"), el modelo constitucional español reserva el término *sindicato* a los trabajadores y a sus organizaciones. De modo que las organizaciones que defienden los intereses colectivos de los empresarios reciben el nombre de "asociaciones empresariales".

Por tanto, el régimen jurídico del asociacionismo empresarial no se encuentra regulado en la LOLS, pues queda extramuros del art. 28.1 CE, quedando integrado en el genérico derecho de asociación (ATC 113/1984); y se encuentra desarrollado por la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical y el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril.

Y aunque es cierto que ambos derechos (el derecho de asociación y el derecho a la libertad sindical) se hallan en el nivel máximo de protección constitucional, debe tenerse en cuenta que "el contenido esencial del derecho de libertad sindical es mucho más rico que el del genérico derecho de asociación, pues comprende el «derecho de acción sindical» y todas las facultades que le son inherentes" (Monereo Pérez y Fernández Avilés, 2008, pág. 255).

#### STC 52/1992

"La libertad sindical es predicable tan solo de los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse en la misma el asociacionismo empresarial, dado que es incompatible con la propia naturaleza del derecho de libertad sindical, que es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores".

#### Sindicato de empresarios

En muchos países europeos (por ejemplo, Suecia), la titularidad de la libertad sindical no corresponde en exclusiva a los trabajadores, sino que también es extensible a los empresarios.

En lo relativo a los **extranjeros**, conviene tener en cuenta que el art. 11.1 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, les reconoce el "derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España". Y según el art. 11.2, "cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga".

**Convenio núm. 87 OIT y los extranjeros**

Reconoce el derecho a la libertad sindical a los trabajadores "sin ninguna distinción", sin posibilidad de discriminación, por tanto, por razón de la nacionalidad (art. 2).

No obstante, la STC 236/2007 ha declarado la inconstitucionalidad del art. 11.1 exclusivamente respecto al "derecho a sindicarse libremente". Y respecto al art. 11.2, la STC 259/2007 declara la nulidad del inciso "cuando estén autorizados a trabajar" (*vid.* también, SSTC 260 y 261/2007).

### **Estructura y funcionamiento democrático**

Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que el art. 7 CE dispone que la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos deben ser **democráticos**.

La incorporación de esta exigencia constitucional no deja de ser una reacción frente al sindicalismo vertical (afiliación obligatoria de trabajadores y empresarios y estructura jerarquizada) impuesto durante el franquismo.

El propio Tribunal Constitucional ha manifestado (refiriéndose a los partidos políticos, pero siendo extensible a los sindicatos) que esta exigencia "se traduce en un derecho o un conjunto de derechos subjetivos y de facultades atribuidos a los afiliados (...) tendentes a asegurar su participación en la toma de las decisiones y en el control del funcionamiento interno de los mismos" (STC 56/1995).

Por su parte, el marco normativo vigente se ha hecho eco de este principio al exigir el respeto de procedimientos democráticos en la fundación, suspensión y extinción de los sindicatos (art. 2.1.a LOLS); reconocer el derecho de los afiliados a elegir a sus representantes dentro del sindicato (art. 2.1.c LOLS); y obligar que los estatutos sindicales establezcan ciertas normas que garanticen un principio democrático en los órganos de dirección y de provisión de cargos (art. 4.2.c LOLS).

Con relación a los actos de disolución o sustitución de funciones, el Tribunal Supremo ha afirmado que en aplicación de los principios que informan el ordenamiento jurídico de los sindicatos, han de exigirse los siguientes requisitos:

- a) que estén previstos en los estatutos sindicales;
- b) que los hechos o situaciones que los justifiquen tengan gravedad y trascendencia; y
- c) que el acuerdo de disolución o sustitución de funciones se lleve a efecto a través de un procedimiento adecuado.

Si no se cumplen estos requisitos, y sin perjuicio de que nos encontremos en el ámbito del "funcionamiento interno" de los sindicatos, se produce violación o lesión directa de la libertad sindical de los afiliados y cargos sindicales afectados (STS, 18 de septiembre del 2001).

De todos modos, es importante advertir que la exigencia de democracia interna no obliga a adoptar un determinado modelo de organización.

El imperativo de funcionamiento democrático "obliga ciertamente a que la vida interna de estas entidades se ajuste a unas exigencias mínimas de participación de los afiliados en la elección de sus cargos, en la deliberación directamente o por medio de representantes de sus acuerdos más importantes, y en el debate sobre sus actividades y programas de acción. Pero la democracia interna de las entidades representativas de defensa de los intereses de los trabajadores y empresarios no obliga, desde luego, a adoptar un determinado modelo de organización" (STS, 7 de febrero 1995).

### Los estatutos sindicales

La fundación de un sindicato requiere la **forma escrita** (el art. 5 se refiere al "acta de constitución del sindicato"), debiéndose redactar los estatutos del mismo, plasmando su derecho de autoorganización.

El art. 3 del Convenio núm. 87 OIT establece que "las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción". Y a continuación, establece que "las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal".

La CE reconoce "la libertad de creación de sindicatos y la libertad de estos en el ejercicio de su actividad, sin que las administraciones públicas puedan interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, alterar con su intervención la libertad e igualdad en el ejercicio de la actividad sindical o discriminar a algún sindicato de modo arbitrario o irrazonable" (STC 23/1983).

De todos modos, este principio de no injerencia no es incompatible con la actuación de la Administración pública promocionando el hecho sindical, pues este es un mandato derivado de los arts. 9.2 y 129.2 CE.

Así, por ejemplo, la publicidad institucional por parte de la Administración promoviendo las elecciones a representantes de los trabajadores, en las que concurre un sindicato que aboga activamente por la abstención, no contradice el principio de no injerencia y, por consiguiente, no atenta a la libertad sindical (STC 208/1989).

Promoción no exenta de aristas, pues, existe el riesgo de que la misma se traduzca en una vulneración del principio de igualdad entre las diversas organizaciones sindicales (art. 14 CE), debiéndose analizar en cada caso, si se produce un trato desigual y este es injustificado (STC 98/1985). Conflicto que, como

#### Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Art. 22.2: El ejercicio de la libertad sindical solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

se analizará con posterioridad, está plenamente presente en el instante que se atribuye una mayor representatividad a determinados sindicatos y, consiguientemente, se les confiere un estatuto jurídico privilegiado.

El contenido mínimo de las normas estatutarias está previsto en el art. 4.2 LOLS y el art. 3 RD 873/1977, de 22 de abril, sobre depósito de los estatutos de las organizaciones constituidas al amparo de la Ley 19/1977.

Veamos, a continuación, detalladamente cada uno de ellos:

1) La **denominación** de la organización que no podrá coincidir ni inducir a confusión con otra legalmente registrada.

Según la STC 106/1991 (referida a los partidos políticos) "tanto la denominación como los símbolos de identificación de los distintos actores de la vida política y electoral son instrumentos fundamentales para el desarrollo de su actividad, puesto que permiten su identificación y facilitan su relación con terceros". Y, en similar sentido, afirma la STC 85/1986 que "lo que se protege es fundamentalmente a los terceros y frente a la posible confusión".

La obligación de evitar esta coincidencia recae sobre el sindicato que solicita el registro con posterioridad (STS, 25 de mayo del 2000). Y los elementos a tener en cuenta son tanto la denominación (SSTS, 29 de septiembre de 1999; 13 de octubre del 2004; y 17 de enero del 2006) como las siglas (STS, 16 de diciembre del 2002), teniendo en cuenta el concreto sector productivo en el que cada sindicato desarrolla su actividad (STS, 29 de septiembre de 1999).

Por ejemplo, se ha estimado que existía coincidencia entre el sindicato existente "Sindicato de Médicos de Cataluña" y el nuevo "Sindicato de Médicos Estatutarios de Cataluña" (STS, 4 de noviembre de 1997).

En cambio, los tribunales han considerado que no hay confusión entre el Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza de Canarias (STEC-IC) y el Sindicato de Enseñantes Asamblearios de Canarias (EA-C), STSJ, Canarias\Tenerife 21 de junio del 2009.

También cabe la posibilidad de que un sindicato modifique su denominación, añadiendo nombres adicionales en función de su evolución (por ejemplo, al ampliar su ámbito de actuación), STS 25 de mayo del 2000.

2) El **domicilio y ámbito territorial y funcional** de actuación del sindicato.

Este parámetro es relevante en la medida en que delimita la legitimación procesal del sindicato en materia de **conflictos colectivos** o de **tutela de la libertad sindical** en defensa del interés colectivo (en estos casos, el sindicato debe demostrar que tiene un ámbito de actuación igual o más amplio que el ámbito en el que se concreta el interés colectivo que se pretende defender judicialmente).

*Vid.* en este sentido, STS, 12 de julio de 1997.

**3) Los órganos de representación, gobierno y administración** y su funcionamiento, así como el régimen de provisión electiva de sus cargos, que habrán de ajustarse a principios democráticos (art. 4.2.c LOLS).

De hecho, el art. 2.1.c) LOLS dispone que el contenido de la libertad sindical incluye el derecho de los afiliados "a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato".

Y el art. 3.5 RD 873/1977 dispone que los estatutos deben especificar el régimen electoral, de modo "que garantice que los cargos directivos se provean mediante sufragio libre y secreto".

En concreto, es exigible que, como mínimo, los estatutos se refieran a

- Órganos de gobierno, administración y representación.
- Reglas relativas a la convocatoria de los órganos de dirección, quórum y sobre adopción de acuerdos.
- Régimen electivo de cargos (requisitos de las candidaturas, reglas sobre los electores, procedimiento electoral, mecanismos de impugnación), duración de su mandato, reglas sobre su cese y vacantes.

Es frecuente que los estatutos de los sindicatos condicionen la posibilidad de ser candidato al cumplimiento de ciertos requisitos, como por ejemplo, acreditar una determinada antigüedad como afiliado.

**4) Los requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida** de la condición de afiliados.

En lo relativo a la adquisición de la afiliación, se evidencia que este derecho puede verse atenuado en la medida en que su solicitud debe ajustarse al cumplimiento de ciertos condicionantes. Aunque, como es lógico, los estatutos no pueden contener discriminaciones afiliativas por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otras circunstancias sociales (art. 14 CE).

No obstante, en la Sentencia del TEDH 27-2-2007, *Asunto Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen contra el Reino Unido* (TEDH 15), se declara que la prohibición de expulsión de un afiliado a un sindicato por pertenencia a partido político, cuyo ideario es incompatible con el del propio sindicato, es un atentado al derecho a la libertad sindical.

Una vez efectuada la afiliación, el art. 3.7 RD 873/1977 exige que se prevea un "sistema de constancia de los asociados componentes", con el objeto de que el afiliado conozca el estado de su afiliación.

En relación con la pérdida de la condición de afiliado, se evidencia que todo integrante de un sindicato está obligado a respetar sus estatutos (art. 2.1 LOLS). Y, de un modo sintético, sus principales obligaciones son cuatro (Ojeda Avilés, 1995, pág. 199):

1) Obligación de abonar la cuota sindical.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el art. 8.1.b) LOLS reconoce el derecho de los afiliados al sindicato a recaudar cuotas sindicales dentro de la empresa, siempre que se haga fuera de las horas de trabajo y que la misma no perturbe el normal desarrollo de la actividad empresarial.

Por su parte, el art. 11.2 LOLS establece que "el empresario procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia a solicitud del sindicato del trabajador afiliado y previa conformidad, siempre de este". Se trata, por consiguiente, de un derecho del sindicato y de una obligación del empresario nacida por mandato de la Ley (STSJ, País Vasco 25 de noviembre de 1993). En comparación al sistema previsto en el art. 8.1.b) LOLS, es claro que este sistema de recaudación es más ágil, pues elimina la figura del recaudador de cuotas y, sobre todo, asegura su ingreso regular (STC 11/1998).

La negativa de la empresa a proceder al descuento podría calificarse como atentatoria de la libertad sindical (STSJ, Canarias 30 de septiembre de 1993). No obstante, el retraso (entre 2 y 31 días) en la transferencia al sindicato del monto mensual de las cuotas sindicales por parte de la empresa no puede recibir tal calificación por falta de gravedad (SAN, 15 de junio del 2007).

Ahora bien, este mecanismo recaudatorio solo es operativo si el trabajador ha manifestado previamente su afiliación sindical (cabe recordar que esta información quedaría amparada por el art. 16.2 CE, STC 292/1993, y que, por consiguiente, no puede obligársele a informar al respecto). Datos que, por otra parte, el empresario no puede emplear para fines distintos, como por ejemplo, descontar el salario a todos los afiliados del sindicato convocante de una huelga, sin verificar efectivamente su intervención en dicho paro. De hecho, este proceder puede calificarse como discriminatorio por motivos sindicales (STC 11/1998).

2) Obligación de participación en la actividad sindical.

3) Obedecer y secundar las decisiones de los órganos directivos.

4) Acatamiento del resto de normas estatutarias. Lo que, de algún modo, significa que debe identificarse con la estructura y objetivos sindicales y el resto de cláusulas.

El incumplimiento de alguna de estas disposiciones puede derivar en la imposición de una sanción. En este sentido, los estatutos deben tipificar las posibles infracciones, las sanciones aplicables a las mismas y, en paralelo, el procedimiento, los órganos competentes para canalizarlas y las garantías de defensa de los afiliados, incluyendo los plazos de prescripción de las mismas. Elementos que, en definitiva, tratan de asegurar el posible control judicial de las medidas disciplinarias que pueda adoptar el sindicato (art. 2.k LRJS).

#### **Prohibición por doble afiliación**

La existencia de una cláusula en unos estatutos sindicales que prohíbe la doble afiliación no puede considerarse abusiva o discriminatoria (ATC 241/2004).

Los tribunales deben tratar de velar por el cumplimiento de las garantías procedimentales y los derechos de defensa que asisten al afiliado (composición adecuada del órgano sancionador; tramitación de un expediente contradictorio, en el que se le comuniquen los hechos que se le imputan; y oportunidad de manifestar las alegaciones que considere oportunas, así como los medios de defensa que estime preceptivos).

También deben valorar si los hechos imputados son susceptibles de sanción y, en el caso de que lo sean, que esta sea proporcional a la gravedad de los mismos. Siendo preciso que el sindicato aporte las pruebas necesarias del perjuicio real sufrido (STS, 21 de julio de 1998).

En la medida en que la decisión del sindicato afecta a la libertad de afiliación, cabe la posibilidad de que la misma pueda calificarse como atentatoria de la libertad sindical.

"No debe descartarse *a priori* que la imposición por un sindicato de la sanción de expulsión o de suspensión de militancia a uno de sus afiliados, no pueda, atendidas las circunstancias concurrentes en el supuesto, calificarse como lesiva del derecho a la libertad sindical" (STC 116/2001).

El Tribunal Constitucional ha afirmado que el "primero de los derechos que el art. 2.2 LOLS atribuye a las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical es el de «redactar sus estatutos y reglamentos», de forma que, salvo en supuestos manifiesta y claramente antidemocráticos (...), es la adecuación a las normas estatutarias lo que debe analizar un órgano judicial como canon de tutela de los derechos sindicales y de participación de los afiliados en el seno de una determinada organización sindical" (STC 186/1992).

No obstante, como es evidente, esto no significa que toda medida disciplinaria comporte *per se* una violación del derecho fundamental (STS, 20 de mayo de 1995; y 18 de noviembre de 1991).

El plazo para impugnar los acuerdos sindicales de adopción de medidas disciplinarias es de prescripción de un año (*ex art.* 59.1 TRLET, STS, 24 de octubre del 2000).

**a) Régimen de modificación de estatutos, de fusión y disolución del sindicato.**

En cuanto a la modificación de los estatutos, fusión o disolución del sindicato, es claro que debe exigirse que su regulación se ajuste estrictamente al principio democrático (art. 2.1.a LOLS).

Es importante advertir que la disolución de un sindicato no puede efectuarse si no es mediante resolución firme de la autoridad judicial fundada en incumplimiento grave de las leyes (art. 2.2.c LOLS).

**b) El régimen económico de la organización** que establezca el carácter, procedencia y destino de sus recursos, así como los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica.

En este sentido, debe especificarse, por un lado, el "carácter, procedencia y destino de sus recursos"; y por otro, los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica de la asociación (art. 4.2.e LOLS).

### **Formalización, depósito de los estatutos y adquisición de la personalidad jurídica**

Los estatutos del sindicato deben ser presentados a depósito en la oficina pública establecida al efecto (art. 4.1 LOLS).

De todos modos, al respecto es importante advertir que la constitución de un sindicato no está sometida a más límites que los derivados de los arts. 7 y 22 CE, ni requiere de algún complemento estatal autorizante de la voluntad fundacional de sus miembros. Lo que significa que el cumplimiento de la obligación legal de depositar sus estatutos "en la oficina pública establecida al efecto" (*ex* art. 4.1 LOLS) se exige únicamente –como el propio precepto señala– para "adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar".

Por consiguiente, los objetivos del depósito son (STC 121/1997):

- 1) Dar respuesta a la necesidad de establecer un sistema de reconocimiento que permita la identificación jurídica del grupo como sujeto unitario de derechos.
- 2) Facilitar la incorporación a un estatus especialmente favorable para el ejercicio de la acción del sindicato.
- 3) Permitir el control de legalidad y el cumplimiento de los requisitos específicos exigidos constitucionalmente (respeto al principio democrático en la estructura y funcionamiento interno).

Los sujetos del depósito serán los dirigentes o personas con apoderamiento, y tendrá lugar ante la oficina pública estatal o autonómica con competencia en la materia (art. 4.1 y DF 1.2 LOLS; y art. 1.1 RD 873/1977).

La documentación que debe aportarse en el trámite de depósito son los estatutos y el acta de constitución (apartados 1 y 4.1 del art. 4 LOLS).

Documentación que debe ser presentada por triplicado, debiendo estar firmada el acta de constitución por los otorgantes o por los promotores y directivos de la asociación con expresión de sus datos personales necesarios para su identificación (párrafo 1.º, art. 1.2 RD 873/1977).

En el caso de que se trate de la constitución de federaciones o confederaciones, además debe presentarse una copia de los acuerdos de constitución, incorporación o afiliación adoptados por los órganos de gobierno de las asociaciones correspondientes (párrafo 2.º, del art. 1.2 RD 873/1977).

No obstante, en virtud de la STS, 15 de junio de 1991, para el establecimiento de vínculos federativos o confederativos entre entidades sindicales no es suficiente la mera adhesión unilateral, reflejada en tal documento, sino que se requiere además la declaración de aceptación de tal adhesión por parte de la entidad en la que se ha solicitado la incorporación y afiliación.

La oficina pública (en un plazo de 10 días) puede rechazar el depósito si no se cumplen los requisitos exigidos en el art. 4.2 LOLS. En cuyo caso, debe instar a los promotores para su subsanación en un plazo también de 10 días (art. 4.3 LOLS). Es importante tener en cuenta que este control es reglado, no discrecional, de modo que únicamente puede limitarse a la monitorización del cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 4.2 LOLS.

De otro modo, la constitución del sindicato estaría supeditada a una autorización previa. Lo que no sería admisible, pues sería absolutamente contrario al contenido del Convenio núm. 87 OIT.

Desde un punto de vista procesal, los promotores pueden interponer una demanda ante la jurisdicción laboral a través del procedimiento especial de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito (art. 2.j LRJS).

Transcurrido este período de tiempo, la oficina pública dispondrá la publicidad o rechazará el depósito mediante resolución exclusivamente fundada en la carencia de alguno de los requisitos mínimos expuestos anteriormente.

En el caso de que los estatutos no contengan defectos o, existiendo, fueran subsanados, la oficina pública debe dar publicidad al depósito en el tablón de anuncios de la misma, en el *Boletín Oficial del Estado* y, en su caso, en el boletín oficial correspondiente, indicando, al menos, la denominación, el ámbito territorial y funcional, la identificación de los promotores y firmantes del acta de constitución del sindicato (art. 4.4 LOLS).

Además, la oficina pública está obligada a facilitar una copia autenticada de los estatutos en su integridad a quien lo solicite (art. 4.5 LOLS).

La **adquisición de personalidad jurídica plena** del sindicato se produce transcurridos 20 días hábiles desde que se ha dado cumplimiento al requisito del depósito (art. 4.7 LOLS).

El procedimiento de depósito y publicidad expuesto también se aplicará en los supuestos de modificación de los estatutos del sindicato (art. 4.8 LOLS). Cambios que, recuérdese, deberán llevarse a cabo siguiendo el procedimiento habilitado expresamente al efecto (art. 4.2.d LOLS).

### 2.4.2. Afiliación al sindicato (libertad de afiliación)

La afiliación es el ejercicio por el trabajador de su derecho a afiliarse. Es decir, el acto libre en virtud del cual se asocia a un sindicato ya constituido, aceptando sus estatutos e integrándose en la unidad, jurídica y moral, que constituye la asociación sindical.

#### Convenio núm. 87 OIT

Los trabajadores tienen derecho a afiliarse a los sindicatos, con la sola condición de observar sus estatutos (art. 2).

La STC 38/1981 ha declarado que "la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse y el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses, a cuyo fin se articulan las representaciones obreras, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad".

En este sentido, debe analizarse el contenido de los estatutos sindicales y, en concreto, como se ha analizado, "los requisitos y procedimientos para la adquisición (...) de la condición de afiliado".

De todos modos, puede entenderse que la no admisión de un trabajador por no pertenecer al ámbito territorial y/o profesional del sindicato, o bien, por estar afiliado a otro sindicato no puede calificarse como contrario al derecho de afiliación (Alonso Olea y Casas Baamonde, 2003).

El art. 2.1.b) LOLS reconoce "el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo o a separarse del que estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato".

En paralelo, el art. 4.2.d) LOLS prevé el derecho del sindicato a expulsar a un afiliado, ostentando, consiguientemente, un poder disciplinario sindical.

En España el número de trabajadores afiliados a un sindicato es –como puede apreciarse en la tabla anexa– relativamente bajo (según los datos del 2009, un 17,2% del total). De hecho, la tasa de afiliación española es la más baja de los países desarrollados, con la única excepción de Francia (Simón, 2003, pág. 73).

#### Afiliación en España

El 17,2% de los trabajadores en España están afiliados a un sindicato

Son varios los motivos que pueden ofrecer una explicación a este fenómeno (Simón, 2003, págs. 70 y ss.):

- Se afirma que esta baja tasa de afiliación está posiblemente muy relacionada con el marco institucional que regula las relaciones laborales en el mercado de trabajo español y, muy particularmente, con el régimen jurídico de los convenios colectivos. En nuestro ordenamiento jurídico, los convenios colectivos pactados conforme lo previsto en el título III del TRLET tienen eficacia general. Es decir, se aplican a todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación y no solo a los representados por los firmantes; por consiguiente, con independencia de su estatus sindical.
- Desde el punto de vista de la afiliación, parece claro que los trabajadores no tienen incentivos para afiliarse, pues, pueden asumir los beneficios derivados de la acción sindical, sin necesidad de asumir los costes que la mis-

ma comporta (costes de la afiliación –cuota sindical–; costes derivados de una posible estigmatización del trabajador a los ojos del empresario, etc.).

- Otro factor que posiblemente también influye negativamente en la afiliación es la percepción que tienen los trabajadores sobre el grado de eficacia de la acción sindical de los sindicatos.
- Y finalmente, un tercer posible factor que desincentiva la afiliación es la inestabilidad en el mercado de trabajo, precariedad laboral.

Tabla 1. Porcentaje de trabajadores ocupados afiliados a algún sindicato - 2008 (total, sexo, edad, nivel de estudios y tamaño de la empresa)

Sexo	%	Edad	%	Nivel de estudios	%	Tamaño de la empresa	%
Total	17,4						
Varones	18,7	De 16 a 24 años	7,3	Menos que primarios	12,9	Menos de 11 trabajadores	6,8
Mujeres	15,8	De 25 a 29 años	10,9	Primarios	14,8	De 11 a 50 trabajadores	15,4
		De 30 a 44 años	18,3	Secundarios	15,0	De 51 a 250 trabajadores	21,8
		De 45 a 54 años	21,9	Bachillerato	19,3	Más de 250 trabajadores	29,0
		De 55 y más años	21,3	Formación profesional	19,8		
				Universitarios	19,0		

Fuente: Encuesta de calidad de vida en el trabajo 2008 (tabla 5.10)

Tabla 2. Porcentaje de trabajadores ocupados afiliados a algún sindicato - 2008 (sección de actividad, ocupación y comunidad autónoma)

Sección de actividad	%	Ocupación	%	CCAA	%
Agricultura y pesca	12,4	Dirección de las empresas y de la Adm. pública	7,9	Andalucía	17,2
Industria	20,6	Técnicos y profesionales científicos e intelectuales	23,5	Aragón	19,8
Construcción	7,9	Técnicos y profesionales de apoyo	12,6	Asturias	24,0
Comercio y reparaciones	10,7	Empleados de tipo administrativo	23,6	Baleares	16,1
Hostelería	8,5	Trabajadores servicios restauración, personales, protección y vendedores de comercio	15,9	Canarias	17,8
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	24,8	Trabajadores cualificados en agricultura y pesca	19,0	Cantabria	22,5
Intermediación financiera	34,4	Artesanos y trab. cualif. ind. manufac., constr. y minería	13,3	Castilla-La Mancha	19,8
Inmobiliarias y alquileres. Servicios empresariales	10,9	Operadores de instalaciones y maquinaria y montadores	25,2	Castilla y León	23,4
Admón. pública. Defensa. Seg. Social. org. extrat.	31,2	Trabajadores no cualificados	17,2	Cataluña	14,6
Educación	27,8			Com. Valenciana	16,9

Fuente: Encuesta de calidad de vida en el trabajo 2008 (tabla 5.10)

Sección de actividad	%	Ocupación	%	CCAA	%
Activ. sanitarias y veterinarias. Servicios sociales	27,5			Extremadura	16,1
Otras actividades sociales. Servicios personales	13,0			Galicia	19,7
Hogares que emplean personal doméstico	5,7			Madrid	14,7
				Murcia	16,1
				Navarra	25,3
				País Vasco	20,9
				Rioja, La	20,7

Fuente: Encuesta de calidad de vida en el trabajo 2008 (tabla 5.10)

La libertad sindical individual de afiliación puede verse perturbada por varios factores, pero particularmente por actuaciones empresariales, bien en el momento de la contratación, o bien durante el transcurso de la relación laboral.

De todos modos, es importante advertir que la vulneración de la libertad sindical no solo puede tener su origen en una conducta empresarial, sino que también puede ser ejercida por otro sindicato o por el Comité de Empresa (STC 183/2007).

Son numerosas las normas que tratan de disuadir estos tipos de comportamientos:

1) Según el art. 1.2 Convenio núm. 98 OIT, "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.

Este tipo de cláusulas, claramente discriminatorias, son denominadas despectivamente en EE. UU. como "yellowdog contracts" (Ojeda Avilés, 1995, pág. 161).

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

*Vid.* también, art. 14.1 Convenio núm. 117 OIT.

2) Por su parte, el art. 12 LOLS establece que "Serán [nulas] y sin efecto (...) las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales".

*Vid.* también, en términos similares, arts. 17.1 y 4.2.c TRLET.

3) El art. 16.2 LISOS dispone que son infracciones muy graves "establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos (...) de afiliación sindical. Y, específicamente, para los supuestos de empresas o grupos de empresa de dimensión comunitaria (art. 9.2 LISOS).

De todos modos, de la tutela de la libertad sindical no se puede derivar una intangibilidad absoluta de los puestos de trabajo de los representantes sindicales, ni la consideración de que toda conducta empresarial que perjudique sus condiciones laborales constituya una discriminación en el empleo por motivos sindicales (STC 308/2000).

El reconocimiento del derecho a la afiliación debe complementarse con el **derecho** de todo trabajador afiliado a **participar en la vida interna del sindicato** y, en paralelo, a llevar a cabo la actividad sindical.

El **derecho a participar en la vida interna del sindicato** es una derivada de la exigencia constitucional (art. 7 CE) del funcionamiento interno democrático de los mismos.

No obstante, se trata de un derecho con una configuración jurídico-positiva dispersa y de contenido difuso. En este sentido, puede afirmarse que está referido al derecho a participar en la modificación de los estatutos del sindicato o en su fusión o disolución (art. 2.1.a LOLS); o bien, al derecho de los afiliados a crear secciones sindicales en las empresas de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato (art. 8.1 LOLS).

El **derecho a la actividad sindical** implica su ejercicio sin sufrir represalias o discriminación por ello, ni por causa de la afiliación a un sindicato (STC 111/2003); ni tampoco por participar en acciones sindicales sin estar afiliado a uno (STC 90/1997). Circunstancia que implica una **garantía de indemnidad** que "integra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa (entre otras, SSTC 134/1994; 17/2005; y 200/2007).

Es decir, el ejercicio de este derecho en cualquiera de sus manifestaciones no puede acarrear consecuencias negativas o diferencias de trato injustificadas para quien hace un uso legítimo del mismo.

#### STC 17/2005

"La libertad sindical garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa implican una «garantía de indemnidad»".

Pero también se "prohíbe diferencias de trato entre afiliados y representantes sindicales por razón del sindicato en el que se integren o representen, pues son, en todo caso, las consecuencias negativas –por incentivación o disuasión– respecto a la libertad sindical del trabajador, las que determinan que el derecho de libertad sindical también resulte afectado en estos casos" (STC 74/1998).

A mayor abundamiento, "existe un expreso mandato de tratar en materia retributiva al representante sindical de forma igual que al resto de los trabajadores, de manera que aquel no se vea perjudicado en relación con estos por el hecho, precisamente, de su representación sindical" (STC 191/1998).

No obstante, en este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones: entre otras, SSTC 30/2000; 43 y 58/2001; 173/2001; 92/2005, 336/2005; 151/2006; 90/2008; y 179/2008.

Debe tenerse presente que, en estos casos, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, "más allá del concreto perjuicio causado al trabajador, que ve limitadas sus posibilidades de promoción profesional, su efecto disuasorio se proyecta sobre la organización sindical correspondiente en detrimento de la función de representación y defensa de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos" (STC 191/1998).

De todos modos, conviene reiterar que esta protección no significa, lógicamente, que se esté reconociendo un ámbito de inmunidad total a los titulares de la libertad sindical –STC 214/2001–, ni tampoco un derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo – entre otras, STC 14/2002 (Monereo Pérez y Fernández Avilés, 2008, pág. 299).

A nivel internacional, el art. 1 (apartados 1 y 2) del Convenio núm. 98 OIT dispone que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.

Por otra parte, el art. 14.1 del Convenio núm. 117 OIT establece (apartado 1.b) que uno de los fines de la política social deberá ser el de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de (...) afiliación a un sindicato, en materia de admisión a los empleos, tanto públicos como privados.

Por ejemplo, la extinción de los contratos de auxiliares administrativos, en su mayoría afiliados a un sindicato, no puede justificarse por causas económicas de reestructuración de plantilla (STC 48/2002). Y una empresa incurre en conducta antisindical si incentiva bajas y prejubilaciones entre los miembros de una candidatura electoral para que esta no se presente (STS, 12 de abril del 2008); o bien, como se ha apuntado, dispensa un trato salarial y profesional distinto entre representantes sindicales, en función del sindicato al que pertenecen (STC 74/1998).

**STC 74/1998**

"Dentro del contenido esencial del derecho de libertad sindical, garantizado por el art. 28.1 CE, se encuadraría, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa".

Un aspecto importante a tener en cuenta, y que es extensible a cualquier supuesto en el que estén implicados los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores, es que, si se alega una vulneración de la libertad sindical, el trabajador debe aportar indicios razonables de la lesión sufrida (no bastando la simple alegación del carácter discriminatorio de la conducta empresarial o la mera sospecha). Y en el caso de que la prueba indiciaria permita vislumbrar una razonable sospecha, apariencia o presunción del carácter anti-sindical de la conducta del empresario, este, si quiere destruirla, le corresponde probar que la medida adoptada obedece a motivos razonables (por esta razón, se habla de una "inversión de la carga de la prueba"), entre otras, STC 29/2002.

En paralelo al reconocimiento del derecho a la actividad sindical y la garantía de indemnidad que lleva implícito, la afiliación también confiere al trabajador los siguientes derechos (art. 8.1 LOLS):

- Constituir secciones sindicales en la empresa.
- Celebrar reuniones, previa notificación al empresario.
- Recaudar cuotas y distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa (*vid.* en este sentido, STC 201/1999).
- Recibir información del sindicato.
- En caso de despido y la imposición de sanciones, debe ser oído previamente el delegado sindical (art. 10.3.3.º LOLS y art. 55.1 TRLET).

No obstante, es importante advertir que el hecho de que la empresa no sepa que el trabajador estaba afiliado a un sindicato y, por consiguiente, no haya cumplido con este trámite, no puede calificarse como una conducta antisindical (STC 30/1992).

### 2.4.3. Libertad sindical negativa

La protección de la libertad de sindicación ha de realizarse tanto frente a los actos que **directamente** atenten contra ella por medio de coacción, mandato imperativo o imposición de obligación, como, asimismo, frente a violaciones **indirectas** que pueden existir en aquellos casos en los que se produce una presión para que los trabajadores adopten una actitud que, al nacer de una presión, deja de ser libre (STC 12/1983).

#### STC 12/1983

"El derecho reconocido en el art. 28.1 CE es un derecho de libertad que puede contemplarse en sentido positivo, como derecho de creación de sindicatos y de afiliación a ellos, y en sentido negativo, como derecho de permanecer al margen de cualquier organización sindical o a no sindicarse".

Por ello, en virtud de la **libertad sindical negativa**, cualquier pacto individual o colectivo que imponga como condición para el nacimiento o mantenimiento del contrato de trabajo, la sindicación en general o a un sindicato en particular debe calificarse como atentatoria para la libertad sindical (vulnerando el art. 28.1 CE, arts. 2.1.b y 12 LOLS y 17 TRLET). Es decir, los trabajadores son libres para decidir que no quieren afiliarse a un sindicato, o bien, que quieren separarse del que están afiliados, sin que pueda derivarse ningún tipo de represalia o discriminación por esta decisión.

Desde la perspectiva internacional, aunque se reconoce el derecho a dejar de estar afiliado, no existe un expreso reconocimiento de la libertad sindical negativa (el Convenio núm. 98 OIT silencia al respecto).

De hecho, se tiende a limitarla, pues un posicionamiento sindical abstencionista por parte del trabajador es calificado como antisocial. Esta falta de reconocimiento está ligada con la licitud o no de las conocidas como cláusulas de seguridad sindical, impuestas al empresario a través de la negociación colectiva y que pretenden obligarlo a contratar solo a trabajadores afiliados (y, consiguientemente, obligar a los trabajadores a afiliarse). Se trata, en definitiva, de coerciones de carácter sindical, en las que la libertad sindical individual y colectiva se encuentran claramente enfrentadas.

Existen varios tipos (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, pág. 68; y Ojeda Avilés, 1995, pág. 164):

- *Closed shop*: Impide al empresario contratar a trabajadores no afiliados al sindicato firmante del convenio colectivo.

Por ejemplo, en la Sentencia del TEDH 11-1-2006, *Asunto Sorensen y Rasmussen* (TEDH 3), se declara que la afiliación obligatoria puede constituir una coacción en situaciones en las que los trabajadores no hubieran sido contratados o hubieran sido despedidos posteriormente si no se hubieran afiliado.

- *Union shop*: Libertad del empresario para contratar, aunque transcurrido el período de prueba, el trabajador tiene que afiliarse al sindicato firmante del convenio colectivo.
- *Preferential hiring*: Dar empleo a los trabajadores afiliados al sindicato firmante del convenio colectivo.
- *Hiring hall*: El empleador debe cubrir sus vacantes con los trabajadores que le envíe el sindicato contraparte.
- *Maintenance of membership*: Despedido de trabajadores que abandonen el sindicato firmante del convenio colectivo.

- *Agency shop*: Se obliga al empresario a detraer cuotas a no afiliados o a todos sus trabajadores en beneficio del mismo sindicato.
- *Percentage shop*: Obligación de tener un porcentaje determinado de la plantilla afiliado al sindicato firmante.
- *Ventajas reservadas*: Aplicación del convenio colectivo o de una parte del mismo –por ejemplo, salario o vacaciones– solo a los trabajadores afiliados, quedando por debajo los no afiliados.

Sin duda estas medidas influyen en las opciones de colocación de los trabajadores. Los sindicatos (en particular, los anglosajones, de donde proceden), las justifican aduciendo que es el mecanismo más idóneo para luchar contra los denominados *free riders* (o gorriones), esto es, aquellos trabajadores que se lucran del beneficio colectivo sin sacrificio alguno por su parte. Y los empresarios también son partidarios de las mismas, pues reducen la atomización sindical y, consiguientemente, se simplifica y estabiliza el universo sindical (Ojeda Avilés, 1995, pág. 165).

Pero, al mismo tiempo, no conviene olvidar que este tipo de medidas también redundan negativamente en las opciones sindicales del trabajador individual, pues pueden convertirse en un poderoso elemento persuasivo a favor de determinadas representaciones sindicales (Ojeda Avilés, 1995, pág. 167).

De todos modos, aunque no cabe establecer ningún tipo de monopolio sindical del empleo, que atente al derecho a la libertad sindical, ni limitar el derecho o facultad del trabajador de no afiliarse a un sindicato, o de afiliarse a uno que no sea el de su elección, el art. 28.1 CE no impide medidas legales de fomento de la sindicación (SSTC 12/1983 y 142/1993). O bien, que se atribuya unos derechos a los trabajadores sindicados o que el contenido de los derechos de estos sea diverso que el de aquellos que no se sindiquen. Siempre, claro está, que este trato diferenciado esté justificado (STC 68/1982).

Desde esta perspectiva, la libertad sindical no es incompatible:

1) Con que el empresario a petición del sindicato descuenta del salario del trabajador afiliado y previa conformidad de este la cuota sindical (art. 11.2 LOLS).

STC 98/1985: "la imposición del canon a reserva de la voluntad [del trabajador] en contrario" no sería admisible; ni tampoco "una manifestación negativa de voluntad", pues "supondría, sin duda, una presión sobre el trabajador".

Se trata, como se ha analizado, de un derecho del sindicato y, por consiguiente, de una obligación de la empresa.

Ahora bien, recuérdese que el descuento de las retribuciones a los trabajadores tras una huelga, sin tener en cuenta su efectiva participación, sino la información sobre la afiliación sindical (que la empresa conoce a partir de la clave que consta en la nómina para descontar la cuota sindical), es una conducta que atenta contra los derechos fundamentales (STC 11/1998).

2) Con que los convenios colectivos establezcan cláusulas para que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación financien a los sindicatos representados en las comisiones negociadoras (llamada cuota de solidaridad por negociación).

De todos modos, se exige que el trabajador dé su consentimiento por escrito (art. 11.1 LOLS) (en este sentido, *vid.* STC 98/1985).

Sería ilegal, en cambio, que el convenio colectivo previera una cuota empresarial obligatoria a favor de los sindicatos negociadores por los gastos del convenio (STCT 22 de abril 1982, *cit.* Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, pág. 74).

## 2.5. Libertad sindical colectiva o autonomía sindical

La libertad sindical en su **vertiente colectiva** comprende, como ya se ha apuntado, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado.

La propaganda institucional dirigida a promover la participación en las elecciones a órganos de representación de los trabajadores difícilmente cabe considerarla como una injerencia ilegítima e incompatible con la CE (STC 208/1989).

De este modo, la libertad sindical se integra por los derechos de actividad y los medios de acción que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical (STC 11/1981).

Los sindicatos ostentan los derechos siguientes:

1) **Libertad de reglamentación** (art. 3, Convenio núm. 87 OIT y art. 2.2.a LOLS), de modo que, como se ha apuntado, las autoridades públicas deben "abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o entorpecer su ejercicio legal".

2) **Libertad de representación** (art. 3.1 y 2, Convenio núm. 87 OIT y art. 2.1.c LOLS), consistente en el derecho de sus afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato. Elección que, de acuerdo con el art. 7 CE, como ya se ha apuntado, debe efectuarse conforme a principios democráticos (art. 4.2.c LOLS).

**3) Libertad de gestión** (art. 3, Convenio núm. 87 OIT, art. 2, Convenio núm. 98 OIT y art. 2.2.a LOLS), en lo que respecta a la organización de su administración interna y sus actividades y a la formulación de su programa de actuación.

Lo que incluye que los sindicatos, en el ejercicio de su libertad de autoorganización en los lugares de trabajo, tienen derecho a constituirse a través de órganos (secciones y delegados sindicales, art. 8.1 a) de la LOLS) con capacidad para "ejercer aquellas actividades que permitan la defensa y protección de los propios trabajadores" (STC 292/1993).

Esta libertad comporta, a su vez, la prohibición de toda injerencia tanto del Estado como de los empresarios y/o organizaciones empresariales.

La LOLS, específicamente (art. 13), estima que fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o sostener económicamente o, en otra forma, sindicatos con el mismo propósito de control, es una conducta lesiva de la libertad sindical.

Y el art. 2 del Convenio núm. 98 OIT establece que "Las organizaciones de trabajadores (...) deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración". Y a continuación, especifica que "se consideran actos de injerencia, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores".

En definitiva, este tipo de interferencia es perseguida porque se entiende que principalmente trata de debilitar las fuerzas sindicales libres de un modo indirecto, fomentando la confrontación (Ojeda Avilés, 1995, pág. 177).

**4) Derecho al ejercicio de la actividad sindical** dentro o fuera de la empresa (art. 2.2.d LOLS).

Lo que supone el reconocimiento de los siguientes derechos:

a) Derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE).

El Tribunal Constitucional ha declarado que la negociación colectiva es un elemento necesario para el ejercicio de la actividad sindical (STC 9/1988). Más concretamente, afirma que "forma parte del contenido esencial de la libertad sindical el derecho de los sindicatos de participar en la determinación de las condiciones de trabajo, cuyo instrumento básico, según se desprende de la Constitución y de los convenios internacionales es la negociación colecti-

#### Sindicatos "amarillos"

Es la denominación que reciben en España los "sindicatos patronales" (también conocidos como *company unions* o *syndicats-maison*) y, por consiguiente, un medio antisindical indirecto que busca el debilitamiento del sindicalismo libre.

va" (STC 73/1984). No obstante, en la medida en que la negociación colectiva está recogida en el art. 37 CE, solo en el caso de que se vea afectada la libertad sindical podrá solicitarse el amparo ante el Tribunal Constitucional.

Por consiguiente, solo "determinadas lesiones del derecho de negociación colectiva, cuando se dan frente a un sindicato y, por su entidad y trascendencia, supongan una radical y arbitraria eliminación o desconocimiento del mismo y de la autonomía colectiva, puede propiciar el amparo constitucional por deducirse de esa conducta una lesión directa del derecho a la libertad sindical" (STC 208/1993). Por ejemplo, "la no suscripción de un convenio colectivo no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen, en la negociación de cuestiones nuevas, no conectadas ni conectables directamente con dicho acuerdo" (SSTC 184/1991; y 222/2005).

**b) Derecho a la huelga (art. 28.2 CE).**

La STC 11/1981 declara que "un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido"; de modo que "el derecho puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga".

**c) Derecho a presentar conflictos individuales y colectivos (art. 37.1 CE).**

Según la STC 70/1982, hay que entender que los sindicatos tienen genéricamente capacidad para representar a los trabajadores y por ende pueden promover los procedimientos de conflicto colectivo que tengan por objeto la reinterpretación de un convenio colectivo, pues resulta obvio que quienes pueden intervenir en la negociación de un convenio, deben poder plantear un conflicto sobre el mismo".

**d) El derecho de representación y participación mediante la presentación de candidaturas para las elecciones de delegados de personal y comité de empresas.**

En este sentido, debe recordarse que la promoción de elecciones sindicales constituye parte del contenido adicional de la libertad sindical.

No obstante, es evidente que "no toda la normativa electoral queda incluida en la libertad sindical" (STC 272/1993). Lo que no quita que "cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral puede ser constitutivo de una violación de la libertad sindical" (STC 104/1987). Amparo que puede abarcar a momentos y actos preparatorios, pues en estos casos "la exposición al riesgo y a eventuales represalias es superior que cuando existe ya afiliación a sindicatos" (STC 197/1990).

Por otra parte, la STC 98/1985 considera que la LOLS introduce "una ordenación razonable, evitando disfunciones que pudieran derivarse de un reconocimiento mucho más amplio e indiscriminado, sin alterar, por otro lado, los derechos de los que hayan podido quedar excluidos, que pueden presentar sus candidaturas".

e) El derecho a celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al sindicato que las convoque (*vid.* al respecto, STC 91/1983). De todos modos, no conviene confundir este derecho de reunión sindical con el derecho de reunión recogido en los arts. 4.1.f) y 77 a 80 TRLET; así que, en la medida en que el art. 8.1.b) LOLS tiene por objeto canalizar la organización interna del sindicato y viabilizar el flujo de información sindical en la empresa o centro de trabajo, el derecho a la libertad sindical no legitima la convocatoria de una reunión con todos los trabajadores de la empresa (STC 76/2001).

Tampoco puede olvidarse que el derecho de reunión no es ilimitado, y por ello, no puede afirmarse que comprenda de forma absoluta e incondicionada, que un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad ni que la reunión se celebre dentro del horario de trabajo (STC 91/1983).

f) El derecho de información. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que "el flujo de la información sindical resultará objetivamente perjudicado si el empleo de los instrumentos prácticos o medios materiales que puedan favorecerla es obstruido" (STC 281/2005).

Por ello, siempre que no perturbe la actividad normal de la empresa, no se perjudique el uso normal del empresario de la herramienta de producción o no se ocasionen gravámenes adicionales, los sindicatos implantados tienen derecho a utilizar el sistema de comunicación informática corporativo, ya que el derecho a la comunicación se constituye como parte del núcleo esencial de libertad sindical (STC 281/2005).

En concreto, el rechazo por parte del servidor de la empresa de los mensajes enviados por un sindicato, después de haberlo permitido con anterioridad, debe calificarse como un atentado a la libertad sindical (STC 281/2005).

Por otra parte, la negativa de la empresa a facilitar el acceso y el uso del correo electrónico a un sindicato, cuando se lo permite a otros, también debe ser calificada del mismo modo (STS 23 de julio del 2008).

Y también debe calificarse como un atentado a la libertad sindical si el empresario se niega a que una sección sindical de un sindicato que no tiene la condición de más representativo, pero que, en cambio, tiene una importante implantación en la representación unitaria de la empresa, disponga de una página en la intranet corporativa (STSJ, Madrid 3 de diciembre del 2010).

#### **Libertad sindical y comunicación informática en la empresa**

Siempre que se den determinadas condiciones, los sindicatos implantados en una empresa tienen derecho a utilizar el sistema de comunicación informática corporativo.

5) **Derecho a constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales**, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas (art. 5, Convenio núm. 87 OIT y art. 2.2.b LOLS).

6) **Derecho a no ser suspendidos ni disueltos sino mediante resolución firme de la autoridad judicial**, fundada en incumplimiento grave de las leyes (art. 4, Convenio núm. 87 OIT y art. 2.2.c LOLS).

"El objetivo de la constitución de organizaciones sindicales complejas no es otro que el de agregar y conjugar la capacidad de acción de todos los sindicatos federados o confederados con el fin de obtener mejores resultados en el desarrollo de la actividad sindical y, dentro de la misma, de la negociación colectiva, sin perder por ello su personalidad jurídica propia y, en su caso, su denominación específica; objetivo este amparado por el art. 28.1 de la Constitución" (STC 187/1987).

7) Los sindicatos que ostenten la condición de "**más representativos**" detentan una serie de facultades adicionales muy importantes, dibujando un régimen particular y privilegiado con respecto a los que no lo son. El método para determinar la **representatividad sindical** es analizado a continuación.

### 2.5.1. La representatividad sindical

El reconocimiento de la libertad sindical origina necesariamente el pluralismo sindical o, lo que es lo mismo, la presencia de varios sindicatos con representación diversa. Es por ello por lo que el ordenamiento jurídico ha procedido a graduar esta representatividad y atribuirles una tarea diferente en cada caso.

Los arts. 6 y 7 LOLS delimitan el procedimiento que faculta a un sindicato adquirir la condición de "más representativo". Circunstancia sumamente relevante, pues su situación está potenciada mediante la atribución de una "singular posición jurídica" (STC 75/1992), que se manifiesta principalmente en la participación institucional en las administraciones públicas y en la posibilidad de pactar convenios colectivos de eficacia general.

El fomento legislativo de la figura de la mayor representatividad ha culminado en la creación de un modelo monopolista, ya que algunas organizaciones participan intensamente en la gestión de las instituciones socioeconómicas (Monereo Pérez y Fernández Avilés, 2008, pág. 250).

La existencia de sindicatos más representativos deriva de la tensión entre dos principios, por un lado, el de libertad sindical e igualdad de trato (art. 28.1 CE); y por otro, "el de promoción del hecho sindical, que enlaza con el art. 7 de la Constitución y sería obstaculizado por una defensa a ultranza del primero" (STC 98/1985).

Desde el punto de vista constitucional, "no importa tanto el hecho de que unos sindicatos sean calificados legalmente como más representativos ni el modo en que se articulen los diversos grados de representatividad en cuanto a los efectos que de ello se derivan. Solo en la medida en que determinada función o prerrogativa se reconozca a un sindicato y se niegue a otro, surge el problema de determinar su adecuación a los arts. 14 y 28.1 CE" (STC 98/1985).

#### Art. 6.1 LOLS

"La mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica, a efectos tanto de participación institucional como de acción sindical".

Y, como se ha avanzado con anterioridad, esta promoción provoca una diferencia de trato que puede poner en entredicho el principio de igualdad entre las organizaciones sindicales. No obstante, esta atención desigual es legítima siempre que responda a los "requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad" (STC 188/1995). Esto es, siempre que "no sea desproporcionado el resultado por restringir el núcleo esencial de la libertad sindical o por entorpecer en exceso el libre funcionamiento de los sindicatos, sometiéndoles a trabas o a controles" (STC 75/1992). Pues, esto equivaldría a "negar la función institucional de estos grupos, tal como le ha sido reconocida en el art. 7 CE" (STC 263/1994).

Por consiguiente, en el modelo constitucional español "no toda exclusión o minoración de la capacidad de actuación de un sindicato determina automáticamente una vulneración de la libertad sindical, sino únicamente cuando incida realmente en sus derechos y la reducción se produzca de un modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación" (STC 98/2000).

El criterio legal para medir la mayor representatividad es la **audiencia sindical**, medida a través de los resultados de las elecciones de representantes unitarios de trabajadores en las empresas (*vid.* al respecto, STC 65/1982).

En concreto, en virtud de lo previsto en el título II del TRLET y el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, que aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa y la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Representación, Condiciones de Trabajo y Participación del Personal de la Administración.

Por consiguiente, es importante advertir que la Audiencia sindical determina no solo la representación unitaria dentro de la empresa, sino que, además, delimita la representatividad de los sindicatos.

En virtud de la DA 1.ª LOLS (siguiendo lo previsto en los arts. 6 y 7 LOLS y 75.7 TRLET), la condición de más representativo o representativo de un sindicato se comunicará en el momento de ejercer las funciones o facultades correspondientes, aportando el sindicato interesado la oportuna certificación expedida a su requerimiento por la oficina pública establecida al efecto.

En materia de participación institucional, se entenderá por "momento de ejercicio" el de constitución del órgano y, en su caso, el de renovación de sus miembros. En el supuesto de que el órgano correspondiente no tenga prevista una renovación periódica de los representantes sindicales, el sindicato interesado podrá solicitar en el mes de enero, y cada tres años a partir de esa fecha, su participación (*vid.* al respecto, DT 3.ª TRLET).

Y en lo relativo a la negociación colectiva, la representatividad debe acreditarse en el momento de constitución de la comisión negociadora (STS, 7 de julio 1997).

No obstante, los delegados de personal y miembros del comité de empresa con el mandato prorrogado no computan a efectos de la determinación de la representatividad (DA 4.ª LOLS). Y, por su parte, el cambio de afiliación sindical del representante no altera la atribución de resultados electorales (art. 12.3 RD 1844/1994).

Este es un criterio que "arranca de un dato objetivo, como es la voluntad de los trabajadores y funcionarios expresada en las elecciones a órganos de representación de trabajadores y funcionarios" (STC 98/1985). Por tanto, el Tribunal Constitucional ha afirmado que, en la medida en que delimita la concesión de determinadas facilidades o ventajas a determinadas organizaciones

con el objeto de potenciar la acción sindical, despeja cualquier atisbo de arbitrariedad, parcialidad o trato desigual injustificado (entre otras, SSTC 95/1985; 217/1988; y 147/2001).

Aunque conviene matizar que debe existir una correspondencia entre la conformación técnica de la representatividad y el tipo de función sindical, el nivel de ejercicio o las características de los intereses colectivos en juego", de modo que no toda utilización que se haga de la representatividad es constitucionalmente aceptable, "y no lo es aquella que utiliza los criterios selectivos para establecer un trato diferente respecto de materias que no guardan relación con ellos" (STC 9/1986).

La oficina pública correspondiente es la encargada de expedir la certificación de la condición de sindicato más representativo (art. 75.7 TRLET).

La LOLS distingue 4 clases de sindicatos más representativos:

- 1) Sindicatos más representativos a nivel estatal.
- 2) Sindicatos más representativos a nivel de comunidad autónoma.
- 3) Sindicatos más representativos por irradiación.

Este tipo de representatividad tiene la particularidad de que prescinde de cualquier parámetro que permita evaluar la efectiva implantación del sindicato en el ámbito geográfico y funcional.

El objetivo de una representatividad por irradiación es asegurar en cada ámbito territorial y funcional posible de actuación sindical la presencia de las confederaciones más representativas (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, pág. 110 y 111). Y además, de este modo se asegura la presencia en cada ámbito concreto de actuación de los intereses generales de los trabajadores frente a una posible atomización sindical" (STC 98/1985).

A pesar de no fundamentarse en la implantación real en un ámbito específico, el Tribunal Constitucional la ha admitido, porque "la representatividad por afiliación no es el único criterio de medición; de forma que no impide que quienes no pertenezcan a las organizaciones más representativas pueden igualmente alcanzar la representatividad y ejercer las funciones en los concretos ámbitos de ejercicio" (STC 98/1985).

- 4) Sindicatos simplemente representativos.

### **Sindicatos más representativos a nivel estatal**

Los que obtengan en el ámbito estatal el 10% o más del total de delegados de personal o de miembros de los comités de empresa (art. 6.2.a LOLS), representatividad por audiencia sindical.

#### **La mayor representatividad**

Es un criterio que trata de promover el hecho sindical y evitar una excesiva atomización del fenómeno sindical.

También pueden ostentar dicha calificación aquellos sindicatos afiliados, federados o confederados a otro sindicato de ámbito estatal que tenga la condición de más representativo por su audiencia sindical (art. 6.2.b LOLS), representatividad por irradiación.

Los citados sindicatos disfrutan de capacidad representativa en todos los ámbitos territoriales y funcionales. No obstante, cuando se trata de un sindicato más representativo por irradiación, esta representatividad "se contrae al específico ámbito territorial y funcional de cada uno" (STC 98/1985). Irradiación que, en cualquier caso, está condicionada a la prueba de la existencia de un vínculo organizativo (por ejemplo, a través de los estatutos) con el sindicato estatal (o de CC. AA.) más representativo.

Actualmente, los sindicatos más representativos a nivel estatal en función de la audiencia sindical son Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CC. OO.).

Las prerrogativas derivadas de esta representatividad son las siguientes (art. 6.3 LOLS):

1) Tener la representación institucional frente a las administraciones públicas y otras entidades y organismos de carácter estatal o de comunidad autónoma que la tengan prevista.

Con relación a la representación sindical, recuérdese, que forma parte del contenido adicional del derecho a la libertad sindical (*vid. supra*).

Por ejemplo, tienen derecho a formar parte en órganos de la Administración pública, o bien participar en lo que se conoce como concertación social.

Dentro de la primera categoría, por ejemplo, pueden participar:

- En el **Consejo Económico y Social (CES)**. El CES es un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral (regulado por la Ley 21/1991, 17 de junio).
- En el **Consejo General del Sistema Nacional de Empleo**, que es el órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo (art. 7.1.b Ley 56/2003, de Empleo). Asimismo, tienen derecho a formar parte del Servicio Público de Empleo Estatal, juntamente con las asociaciones empresariales y con carácter paritario (arts. 8.1 y 12 Ley de Empleo).
- A nivel internacional, en la **Conferencia General de la OIT** o en los **múltiples organismos consultivos comunitarios europeos** (por ejemplo, Comité Consultivo de la CECA, Comité Económico y Social y Comité del Fondo Social Europeo, etc.).

### Sindicatos más representativos

La verdadera importancia de la atribución de mayor representatividad a un sindicato radica en las funciones y prerrogativas específicas que se le atribuyen y que, en cambio, no ostentan los que no son calificados como tal.

En cuanto a la concertación social, pese a no tener contornos definidos o institucionalizados, puede afirmarse que posibilita un intercambio político entre el Estado y los agentes sociales (consenso social), de tal modo que posibilita la toma de decisiones políticas a los agentes sociales a través de pactos. Las modalidades de la concertación social son varias: a) fórmula de legislación negociada; b) fórmula de pacto social; c) fórmula de acuerdo o convenio marco; y d) fórmula de mesas separadas entre el Gobierno y los sindicatos y el Gobierno y las asociaciones empresariales (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, págs. 319 y 320).

#### Concertación social

Como consecuencia de la concertación social, el Parlamento pierde importancia en beneficio de los agentes sociales (empresarios y sindicatos) y del Gobierno.

2) La negociación colectiva (en concreto, convenios colectivos de ámbito superior a la empresa con eficacia normativa y general).

Como se ha analizado, la negociación colectiva forma parte del derecho de libertad sindical, concebido como medio primordial de acción sindical para el cumplimiento de los fines constitucionalmente reconocidos a los sindicatos en el art. 7 CE. Ahora bien, esta afirmación es perfectamente "compatible con la configuración legal del ejercicio del derecho a negociar, restringiendo la legitimación para formar parte de la comisión negociadora a las organizaciones sindicales que acrediten un cierto nivel de representatividad allí donde el legislador ha querido dotar al acuerdo resultante de unos determinados y específicos efectos jurídicos, como sucede en el caso de la negociación laboral estatutaria o en el ámbito de la función pública" (STC 224/2000).

3) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las administraciones públicas.

4) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo.

5) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las administraciones públicas.

En virtud del art. 67 TRLET, este derecho se reconoce a las organizaciones sindicales más representativas (estatales y de CC. AA.) y a las que cuenten con un mínimo de un 10% de representantes en el centro de trabajo. Legitimidad que se extiende a las elecciones para delegados de personal en empresas o centros de trabajo que cuenten entre 6 y 10 trabajadores (STS 10 de marzo del 2004).

6) Obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos.

7) Personarse como parte en los procesos de conflicto colectivo (art. 155 LRJS).

8) Actuar como coadyuvante en los procesos de tutela de la libertad sindical (art. 177 LRJS).

Además, también ostentan las siguientes prerrogativas:

a) Aunque cualquier trabajador afiliado puede constituir una sección sindical en la empresa, solo las que pertenecen a uno más representativo tienen derecho a disponer de un tablón de anuncios, a la negociación colectiva y a utili-

zación de un local adecuado en el que desarrollar su actividad, siempre que la empresa o centro de trabajo cuente con más de 250 trabajadores (art. 8.2 LOLS).

Con relación al local adecuado, la jurisprudencia ha declarado que no se trata de una mera posibilidad, sino de una obligación positiva para la empresa (STS, 2 de junio de 1997). Sin que se obligue "a facilitar local para uso exclusivo, pues lo que ordena es que sea adecuado", pudiéndose compartir entre la representación unitaria y la sindical (entre otras, SSTs, 24 de septiembre de 1996; y 3 de febrero de 1998). Y en caso de concurrir varias organizaciones sindicales, el reparto del espacio en base a un parámetro de proporcionalidad no debe calificarse como antisindical (STS, 25 de septiembre del 2000).

**b)** Los trabajadores que ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal de los sindicatos más representativos ostentan los siguientes derechos (art. 9.1 LOLS):

- Disfrute de los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de las funciones propias de su cargo.
- Derecho a la excedencia forzosa mientras dure el ejercicio de su cargo representativo.

La STC 263/1994 ha declarado que esta garantía forma parte del contenido adicional del derecho. Por consiguiente, el art. 9.1.b) LOLS no vulnera el derecho a la libertad sindical, porque es claro que los sindicatos que no ostentan la condición de más representativos no quedan privados de la posibilidad real de desarrollar una acción sindical eficaz, pues las reglas del art. 46 TRLET, relativas a la excedencia, les siguen siendo de aplicación.

- Derecho a la asistencia y al acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores.

El ejercicio de este derecho está condicionado a que (STSJ Andalucía\Granada, 18 de marzo de 1998):

a) Que la asistencia y acceso lo sea para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores (puede tratarse de cualquier otra actividad de las mencionadas en el art. 8.º de la LOLS, tales como distribuir o recibir información sindical).

b) Que medie previa comunicación del empresario (requisito que no se sujeta a plazo mínimo o forma, aunque deberán ser los necesarios para que el empresario pueda adoptar las medidas que permitan el acceso interesado y la no alteración del proceso productivo).

c) Que no se interrumpa el desarrollo normal del proceso productivo.

### **Sindicatos más representativos a nivel de comunidad autónoma**

Los que reúnan **todos** los requisitos siguientes, art. 7.1.a LOLS (representatividad por audiencia sindical):

- Que al menos obtengan el 15% de los delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los órganos correspondientes de las administraciones públicas.

- Que cuenten con un mínimo de mil quinientos representantes (delegados de personal y/o miembros de los comités de empresa).
- Que el sindicato no esté federado o confederado con organizaciones sindicales de ámbito estatal.

El requerimiento de mayores exigencias en estos supuestos ha sido justificado por la STC 98/1985 al afirmar que no es irrazonable, pues garantizan "su relevancia no solamente en el interior de la respectiva comunidad, sino también en relación con el conjunto nacional" y porque evitan "las distorsiones que resultarían de la atribución de los mismos derechos a sindicatos de distinta implantación territorial y que representen a un número muy distinto de trabajadores, según la población laboral de las respectivas comunidades autónomas (...). La disposición obedece, así, a una voluntad del legislador de que los interlocutores sociales, por parte de los trabajadores, lo sean con el peso adecuado a la realidad global del mundo del trabajo en el marco de la economía nacional; opción legislativa que no puede calificarse de discriminatoria, por tener una justificación razonable, no siendo la regulación propuesta desproporcionada para conseguir la finalidad pretendida".

*Vid.* al respecto, STS, 15 de noviembre de 1989.

También pueden ostentar dicha calificación aquellos sindicatos afiliados, federados o confederados a otro sindicato de comunidad autónoma que tenga la condición de más representativo por su Audiencia sindical (art. 7.1.b LOLS), representatividad por irradiación (*vid.* al respecto *supra*).

Actualmente, los sindicatos más representativos a nivel de comunidad autónoma en función de su audiencia sindical son: en el País Vasco, Euskal Langileen Alkartasuna–Solidaridad de los Trabajadores Vascos (ELA-STV) y Langile Abertzaleen Batzordeak–Comisiones de Obreros Patriotas (LAB); y en Galicia, Convergencia Intersindical Galega (CIG).

Esta representatividad les permite realizar las actuaciones descritas en el art. 6.3 LOLS dentro de la comunidad autónoma, así como "la capacidad para ostentar la representación institucional ante las administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal" (párrafo 2.º art. 7.1 LOLS) y ejercer el derecho a la negociación de convenios colectivos de ámbito estatal (art. 87.4 TRLET). Asimismo, también pueden personarse como parte en los conflictos colectivos y tienen el derecho a actuar como coadyuvante en los procesos de tutela sindical (arts. 155 y 177 LRJS).

No obstante, estos sindicatos no tienen capacidad para formar parte de la representación en la Conferencia Internacional del Trabajo (STC 65/1982). Criterio, en principio, extrapolable al resto de instituciones internacionales o comunitarias.

Además, también ostentan las prerrogativas descritas en los arts. 8.2 y 9.1 LOLS.

## **Sindicatos simplemente representativos**

Las organizaciones sindicales que sin ser más representativas hayan obtenido en el ámbito territorial y funcional específico, el 10% o más de delegados de personal y miembros de comités de empresa y de los correspondientes órganos de la Administración pública (art. 7.2 LOLS).

Estas organizaciones cuentan con las prerrogativas previstas en el art. 6.3 LOLS, salvo:

- La representación institucional en instituciones públicas.
- El derecho a obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos.

No obstante, la exclusión de estas prerrogativas a estas organizaciones debe relativizarse a la luz de las SSTC 98/1985, 184/1987 y 217/1988, no pudiéndose interpretar de un modo completamente excluyente.

### **2.6. La libertad sindical de los funcionarios públicos**

El reconocimiento de derechos colectivos a los funcionarios durante largo tiempo fue rechazado, pues se entendía que eran contrarios al principio de jerarquía administrativa y de continuidad en la prestación de servicios.

No obstante, a partir de los años setenta, al albur del impulso del Convenio núm. 87 OIT, se produce un progresivo reconocimiento del derecho a la libertad sindical de estos colectivos, que culmina con el Convenio núm. 158 OIT sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública.

Por su parte, la Carta Social Europea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales también contienen alguna disposición al respecto (*vid.* al respecto *supra*).

En virtud de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto básico del empleado público, haciéndose eco del contenido del art. 28.1 CE, reconoce el derecho a la libertad sindical (art. 15.a).

Recuérdese que en materia de libertad sindical se produce una aplicación indistinta a funcionarios como a personal laboral. El art. 1 de la LOLS afirma que sus disposiciones son aplicables "todos los trabajadores"; precisando que se consideran tales "tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas".

Por su parte, el art. 103.3. CE establece que la ley regulará el estatuto de las peculiaridades del ejercicio del derecho de los funcionarios públicos a su derecho a sindicación.

Con relación a los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar, recuérdese que la CE prevé la posible limitación o excepción del ejercicio de este derecho; y que el art. 127 CE prohíbe a jueces, magistrados y fiscales en activo a afiliarse a sindicatos (*vid. supra*).

Finalmente, debe señalarse que para los funcionarios de las Cortes existen reglas especiales sobre constitución y registro de sindicatos.

La LOLS, al albur de estos parámetros, regula el derecho a la libertad sindical de los funcionarios, confirmando las exclusiones previstas en el texto constitucional e incluyendo algunas particularidades para su ejercicio.

En concreto, el art. 3.2 LOLS establece que quienes ostenten cargos directivos o de representación en el sindicato en el que estén afiliados no podrán desempeñar simultáneamente en las administraciones públicas cargos de libre designación de categoría de director general o asimilados, así como cualquier otro de rango superior.

Más allá de esta especificidad, junto con la diferenciación entre la negociación colectiva laboral y funcionarial (apartados b y c del art. 6.3 LOLS) y la distinción entre los comités de empresa y delegados de personal y los correspondientes órganos de las administraciones públicas, puede afirmarse que el régimen jurídico de la LOLS es plenamente aplicable a los funcionarios públicos.

Según la STC 98/1985, si es cierto que la LOLS "parte de una regulación uniforme del derecho de libertad sindical, no lo es menos que configura aspectos fundamentales que no cubren por completo la ordenación de la actividad sindical y que expresamente incluyen algunas diferencias en su ejercicio por los funcionarios, previendo, frente a los sistemas de representación mediante delegados de personal y comités de empresa, de un lado, y de la negociación colectiva, de otro, en las empresas, la existencia, en las administraciones públicas de unos específicos órganos de representación y procedimientos propios de consulta y negociación".

De todos modos, debe precisarse que el Tribunal Constitucional ha fijado la siguiente doctrina con relación a la libertad sindical de la función pública.

- Con relación al derecho de información sindical, "a la hora de ponderar constitucionalmente la emisión de informaciones sindicales que tengan por objeto suscitar reivindicaciones concretas o la crítica y denuncia de determinadas condiciones en la prestación del servicio público (...), dicha información ha de ponerse en relación (...) con el interés público y el concreto interés administrativo" (STC 143/1991).
- El reconocimiento del derecho de la libertad sindical no supone necesariamente el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva (STC 57/1982).
- Y, finalmente, en virtud de la STC 91/1983, se ha interpretado que la CE no reconoce el derecho de reunión de los funcionarios miembros de un sindicato en horas de trabajo y en las dependencias de la Administración.

A partir de este planteamiento, el art. 15 EBEP reconoce el derecho de reunión (desarrollado en el art. 46 EBEP).

La asamblea puede ir dirigida al personal funcionario, al personal laboral o bien a ambos colectivos.

En concreto, están legitimados para convocar una reunión:

- Las organizaciones sindicales directamente o a través de los delegados sindicales,
- Los delegados de personal;
- las juntas de personal;
- los comités de empresa, y
- Los empleados públicos de las administraciones respectivas en número no inferior al 40% del colectivo convocado.

Si el derecho se ejercita en el centro de trabajo, debe desarrollarse fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo entre el órgano competente en materia de personal y quienes estén legitimados para convocarlas, y de modo que no perjudique la prestación de servicios, atribuyéndose la responsabilidad de su normal desarrollo a los convocantes.

### 3. El derecho de huelga

En el ordenamiento jurídico español no hay una definición legal del concepto de huelga. De hecho, puede hablarse de la existencia de una definición propia (o estricta) o impropia de la misma.

La huelga en su conceptualización tradicional (o propia), podría definirse como la cesación temporal y concertada del trabajo decidida por la colectividad de trabajadores con abandono del centro de trabajo, con motivo de un conflicto y con el fin de presionar en la defensa y promoción de sus intereses laborales y sociales.

La STC 11/1981, como recoge la STS, 25 de enero del 2011, parte de una definición amplia, configurando la huelga como "una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social, y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso, pudiendo tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas, o, en general, en las condiciones de trabajo, consistiendo el contenido esencial del derecho de huelga en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir".

Tal cesación, prosigue la citada sentencia, "puede llevarse a cabo con objetivos muy variados y puede organizarse de muy distintas maneras. No solo merecen el calificativo de huelga las motivadas por cuestiones laborales o profesionales, sino también las que se hacen como protesta contra determinadas actuaciones empresariales, como puede ocurrir, por ejemplo, para protestar respecto de las condiciones de seguridad en que se verifica el trabajo".

La huelga es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del estado social y democrático de derecho. Así, "entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes', como instrumento de presión constitucionalmente reconocido «que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales»" (STC 123/1992).

"No hay verdadera concordia que no descansa sobre el reconocimiento de los conflictos. El derecho de huelga es la expresión más acabada y más paradójica de este viejo saber para los juristas. Instrumento de conversión de las relaciones de fuerza en relaciones de derecho, capaz de hacer surgir de una injusticia un poco más de justicia, el derecho de huelga es incompatible con la normalización gestonaria del mundo" (Alain Supiot en "Nota Preliminar" a Marzal Fuentes, 2005, pág. 12).

Sin embargo –como se ha avanzado–, este concepto también se emplea para referirse a cualquier perturbación concertada colectivamente del proceso de producción, como por ejemplo, las "huelgas de trabajo lento" o las "huelgas rotatorias", en las que, respectivamente, no se produce ni una cesación en el trabajo ni un abandono del centro de trabajo (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, pág. 416). En definitiva, la definición impropia del concepto de huelga se refiere a aquellas modalidades de alteración colectiva del trabajo, de perturbación del proceso productivo, próximas o cercanas a aquella, pero que en realidad no implican cesación en el trabajo. Son medidas de conflicto distintas al concepto jurídico de "huelga".

A fin de observar el fenómeno con una visión panorámica, debe tenerse en cuenta que el ejercicio del derecho de huelga está intrínsecamente unido al convenio colectivo que rige las relaciones de trabajo entre trabajadores y empresarios. La firma de un convenio colectivo lleva implícito un deber de paz (contenido obligacional), en virtud del cual los firmantes se comprometen durante su vigencia, salvo que se den determinadas circunstancias, a respetar lo pactado, renunciando a plantear situaciones de conflicto colectivo y, en concreto, la huelga.

La denuncia del convenio colectivo hace decaer el contenido obligacional y, por consiguiente, el deber de paz (manteniéndose, hasta que no entre en vigor un nuevo convenio, el contenido normativo).

Por otra parte, siguiendo con esta aproximación general, es importante advertir que desde un punto de vista contractual, la huelga es un incumplimiento del trabajador de las obligaciones derivadas del contrato. No obstante, al ser reconocido como derecho, queda inmunizado, hasta el extremo de que no acarrea propiamente un "ilícito" contractual ni, por consiguiente, responsabilidad alguna. El empresario, como (lógica) contrapartida, aunque no puede extinguir el contrato por incumplimiento, puede no cumplir su obligación salarial (Durán López, 2010, pág. 2).

### **3.1. Breve repaso histórico y evolución como fenómeno sociológico**

El Estado ante el fenómeno de la huelga, en hipótesis, puede adoptar alguna de las acciones siguientes:

- Puede calificarla como un delito, derivándose para el trabajador una sanción penal y el despido o una sanción disciplinaria.

- Puede calificarla como una libertad, de modo que el ejercicio de la huelga comporte únicamente consecuencias contractuales (despido o una sanción disciplinaria).
- Puede calificarla como un derecho, de modo que su ejercicio no solo no comporta una sanción penal y el despido o una sanción disciplinaria, sino que, además, se erige en una válida causa de suspensión de la relación de trabajo.

De hecho, de un modo similar al reconocimiento de la libertad sindical, esta categorización describe los diversos estadios de la evolución del reconocimiento del derecho de huelga en un número considerable de países.

De todos modos, no son estadios excluyentes, pues en la práctica algunos Estados han mantenido simultáneamente algunos de ellos, previendo diversas respuestas jurídicas en función de las circunstancias en las que se desarrolla.

La evolución histórica del derecho de huelga en el derecho español puede sintetizarse del siguiente modo:

1) En una primera etapa, de un modo similar al Código penal francés, el art. 556 del Código penal de 1870 declaraba que "los que se coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones serán castigados, siempre que la coligación hubiere comenzado a ejecutarse, con la pena de arresto mayor. Esta pena se impondrá en su grado máximo a los jefes y promotores de la coligación y a los que para asegurar su éxito emplearen violencias o amenazas, a no ser que por ellas merecieren mayor pena".

2) Posteriormente, la Ley de Huelga de 27 de abril de 1909 reconoció el derecho de huelga por motivos profesionales, estableciendo plazos de preaviso y sanciones para los infractores y garantizando la libertad de trabajo de los no coaligados.

3) El Real Decreto-Ley 5/1975 puso fin a la prohibición de la huelga que perduraba desde 1936.

Durante el franquismo la huelga queda tipificada penalmente y se sanciona en la legislación de orden público. La Declaración XI.2 del Fuero del Trabajo la prohíbe, afirmando que "los actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella serán considerados como delitos de lesa patria". En definitiva, se trata de una derivación de la concepción de superación de la lucha de clases, conforme a la visión joseantoniana de la «tensión de las clases en un único destino». (Durán López, 1977, pág. 49). Los arts. 44 y 45 de la Ley de Seguridad del Estado 29 de marzo 1941 (BOE 11 de abril), no solo prohíbe tales actos sino que los califica como delitos, sancionándolos por su simple realización, llegándose a tipificar ciertos actos de este tipo penalmente (*exart.* 222 Código penal 1944).

4) El derecho de huelga quedó consagrado con el RDLRT (1977) y constitucionalmente reconocido en el art. 28.2 CE.

#### Huelga de la Canadiense (1919)

El despido de 8 trabajadores en una empresa eléctrica (con capital mayoritario canadiense) dio lugar en Barcelona a una huelga general de solidaridad que se prolongó durante 44 días.

Teniendo en cuenta el reconocimiento constitucional por separado del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y el derecho de huelga, el Tribunal Constitucional ha manifestado que la relación entre los arts. 28.2 y 37.2 CE es la siguiente (STC 11/1981): "a) el art. 37 les faculta para otras medidas de conflicto distintas de la huelga, de manera que la huelga no es la única medida de conflicto, y b) el art. 28 no liga necesariamente la huelga con el conflicto colectivo. Es verdad que toda huelga se encuentra muy estrechamente unida a un conflicto colectivo, pero en la configuración del art. 28 la huelga no es un derecho derivado del conflicto colectivo, sino que es un derecho de carácter autónomo".

Desde un punto de vista sociológico, tras el período de la Transición y los albores del período democrático, a partir de los años noventa del siglo XX, puede apreciarse (ver tabla) una notable reducción de la conflictividad laboral, medida en el número de huelgas efectivas y el número de trabajadores participantes. Y por sectores, puede afirmarse que la conflictividad actual por huelgas se concentra en el ámbito de los servicios públicos (Cruz Villalón, 2010, págs. 1 y 3).

Tabla 3. Huelgas y trabajadores participantes

<b>Año</b>	<b>Huelgas</b>	<b>Participantes</b>	<b>Jornadas no trabajadas</b>	<b>Población asalariada</b>	<b>Tasa de participación</b>
1983	1.451	1.483.600	4.116.700	7.946.300	18,67
1987	1.497	1.881.217	5.025.018	8.511.000	22,10
1993	1.131	997.232	2.012.652	9.034.300	11,03
1997	709	630.962	1.790.100	10.404.100	6,06
2003	674	728.481	789.043	14.374.600	5,06
2007	751	492.150	1.182.782	16.876.500	2,91
2009	1.001	653.483	1.290.852	15.492.600	4,21
2010	984	340.776	671.498	18.408.200	1,85

Fuente: Cruz Villalón (2010, pág. 1); y para el año 2010, elaboración propia a partir de la estadística de huelgas y cierres patronales del MTAS y Encuesta de población activa (4.º trimestre).

Esta tendencia podría explicarse por los siguientes motivos (Cruz Villalón, 2010, págs. 2, 12 y 13):

- 1) Coincidencia de este período evolutivo con un proceso de expansión económica que ha comportado un incremento del empleo.
- 2) Un fortalecimiento creciente del entendimiento de los interlocutores sociales, plasmado en la negociación colectiva y, una canalización de los conflictos a través de procedimientos de solución privados de conflictos colectivos.
- 3) El grueso de los conflictos laborales que se desarrollan han sido liderados y gestionados por las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal y, precisamente, estas son las más comprometidas con el modelo de negociación colectiva y de solución pacífica de conflictos colectivos.

4) Tendencia creciente a la disgregación de la fuerza de trabajo, descentralización productiva (nacional e internacional)

5) Proliferación de modalidades atípicas de la huelga, que se alejan de la paralización total de la actividad productiva (como por ejemplo, las huelgas de celo); bien porque los huelguistas son conscientes de que el ejercicio de este derecho no les conviene desde la perspectiva de la opinión pública, o bien porque desean evitar los efectos negativos de reducción salarial consustancial a la adhesión a una huelga.

En este sentido, pueden identificarse múltiples fórmulas del ejercicio del derecho de huelga. Por ejemplo, negativa de los trabajadores a efectuar horas extraordinarias cuando venían realizándose habitualmente de forma voluntaria; o bien ficticias bajas por enfermedad colectivas, etc.

### **3.2. Fuentes del régimen jurídico del derecho de huelga**

El régimen jurídico del derecho de huelga está recogido en múltiples disposiciones normativas internacionales, comunitarias y nacionales.

#### **3.2.1. El derecho de huelga en el derecho comunitario e internacional**

A nivel internacional y comunitario, el derecho de huelga está reconocido en múltiples disposiciones:

1) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el art. 28 declara que "Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga".

En paralelo, en virtud del art. 153.5 TFUE, la Unión Europea excluye la posibilidad de armonizar las legislaciones nacionales en materia tanto del derecho de huelga como de cierre patronal.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido que las medidas de conflicto colectivo, y en particular el derecho de huelga, forman parte de los principios generales del derecho comunitario. No obstante, tras esta declaración, adoptando una interpretación restrictiva de los derechos laborales, los ha supeditado a las limitaciones que se derivan de los principios fundamentales de la Comunidad, como por ejemplo, el derecho al libre establecimiento empresarial o libertad de servicios (SSTJCE 11 y 18 de diciembre del 2007, asuntos C-438/05 y C-341/05, Viking y Laval).

En concreto en el asunto Viking el TJCE afirma que: "Una acción colectiva dirigida a persuadir a una empresa de que conserve sus actuales empleos no debe confundirse con una acción colectiva dirigida a impedir que una empresa pueda prestar sus servicios una vez que se ha trasladado al extranjero".

2) Por su parte, en el art. 6.4 de la Carta Social Europea (1961), se afirma que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las partes contratantes reconocen "el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor".

3) El art. 8.1.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) establece que los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: "El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país".

4) Con relación al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), aunque el art. 11 no lo consagra expresamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que "representa uno de los más importantes derechos sindicales, aunque existan otros". STEDH 27 de marzo del 2007, Caso Karaçay contra Turquía (cit. B. Rodríguez-Piñero; R. Rodríguez Piñero, 2009, pág. 9).

### Ejemplo

Más concretamente, en la STEDH, 21 de abril de 2009, Caso Enerji Yapi-Yol Sen contra Turquía, se afirma que "lo que exige el Convenio es que la legislación permita a los sindicatos, según las modalidades no contrarias al artículo 11, luchar por la defensa de los intereses de sus miembros. La huelga, que permite a un sindicato hacer oír su voz, constituye un aspecto importante para los miembros de un sindicato en la protección de sus intereses. El Tribunal señala asimismo que el derecho de huelga es reconocido por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como el corolario indisoluble del derecho de asociación sindical que protege el Convenio C87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho sindical (para la consideración por el Tribunal de elementos de derecho internacional distintos al Convenio. Recuerda que la Carta Social Europea reconoce también el derecho de huelga como medio de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva laboral".

### 3.2.2. El derecho de huelga en el ordenamiento jurídico español

"Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad" (art. 28.2 CE).

Como ha manifestado el Tribunal Constitucional (STC 123/1992), la Constitución reconoce en su art. 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole una mayor consistencia.

### Lectura recomendada

J. García Murcia (2009). "La huelga en el Derecho de la Comunidad Europea: una visión desde el sistema español". *Aranzadi Social* (núm. 3, BIB 2009\488).

La particularidad del modelo español es que el régimen jurídico del derecho a la huelga está previsto en una norma preconstitucional: el RDLRT. Disposición cuyos preceptos, tras ser sometidos a un análisis de constitucionalidad, **deben complementarse** con la **STC 11/1981**. Pronunciamiento trascendental, pues son varios los preceptos del RDLRT que quedan derogados y otros muchos que han sido fuertemente corregidos y que son objeto de reinterpretación a fin de adecuarse al marco constitucional.

En este contexto, el régimen jurídico vigente resulta a todas luces inadecuado. De hecho, el Tribunal Constitucional ha reprochado esta pasividad al legislador democrático en varias ocasiones:

"Son claras las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el art. 28.2 CE, lo que origina una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales, y una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego" (STC 123/1990).

Aunque son múltiples las voces que vienen insistiendo acerca de la necesidad de disponer de un régimen jurídico más depurado, lo cierto es que hasta la fecha no ha sido posible. Lo que se traduce en la existencia de múltiples problemas aplicativos. De modo que las importantes lagunas legislativas que permanecen en el RDLRT quedan al albur de la interpretación de los Tribunales.

STC 11/1981: "(...) el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa Ley Orgánica. (...) [P]uede decirse que la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado Real Decreto-Ley, en cuanto no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de ley orgánica".

El derecho de huelga también está incluido en la relación de "derechos básicos" de los trabajadores enunciada en el art. 4.1 TRLET.

Con relación a los funcionarios públicos, sin perjuicio de los que expresamente quedan excluidos, el art. 15 Ley 7/2007 Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–, establece que "los empleados públicos tienen los siguientes derechos individuales que se ejercen de forma colectiva: c) al ejercicio del derecho de huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

No obstante, más allá de esta genérica referencia, no existe una concreción legal más específica (salvo lo previsto en los arts. 30.2 EBEP, detracción de la retribución durante los días de huelga; art. 95.2.1 EBEP, imposición de sanción en caso de coartar el derecho de huelga; 95.2.m EBEP, incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga), procediéndose a una aplicación supletoria del contenido del RDLRT, reinterpretado por la jurisprudencia constitucional, aunque el ámbito de aplicación de esta última se circunscriba a las personas con contrato de trabajo y al sector privado.

#### STC 123/1990

La Constitución otorga primacía al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad sobre el derecho a la huelga.

#### Proyecto de Ley Orgánica de Huelga (1993)

En 1993, se presentó un proyecto de ley orgánica para regular el derecho a la huelga, cuyo texto llegó hasta el Senado. No obstante, el proyecto quedó paralizado por la convocatoria de elecciones y la consiguiente disolución de las Cortes.

Todo lo cual genera importantes problemas de aplicación en el sector público, pues las juntas de personal y delegados de personal de la función pública (órganos homónimos a los comités de empresa y delegados de personal) no tienen atribuida ninguna facultad en materia de negociación colectiva ni tampoco de conflicto colectivo (art. 40 EBEP), siendo los sindicatos los únicos capacitados en este ámbito para llevar a cabo las facultades correspondientes al derecho de huelga (art. 2 LOLS).

### **3.2.3. Tramitación del derecho de huelga: elementos formales**

La realización de una huelga, y por consiguiente el ejercicio legítimo de este derecho constitucional, está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos de forma. Aspecto especialmente relevante, pues su incumplimiento puede motivar la declaración de ilegalidad de la misma.

Art. 11.d) RDLRT "la huelga será ilegal cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-Ley o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos".

#### **Actos preparatorios**

Los actos preparatorios se refieren a la transmisión de información, comunicados de prensa, reuniones, contactos, manifestaciones y agotamiento de las vías pacíficas de solución del conflicto previos a la declaración de una huelga. No obstante, el RDLRT no establece reglas específicas al respecto.

Por su parte, los interlocutores sociales, a través del Acuerdo Sobre Solución Autónoma (extrajudicial) de Conflictos Laborales, ASAC V (2012-2016), han colmado esta laguna, al exigir el agotamiento del procedimiento de mediación antes de la convocatoria formal de la huelga. En concreto, entre la solicitud de mediación y la convocatoria formal de la huelga deben transcurrir, al menos, 72 h, sin que ello implique ampliación de los plazos legalmente previstos para el ejercicio del derecho.

Los acuerdos interprofesionales sobre solución extrajudicial de conflictos de las CC. AA. también hacen derivar de la iniciación de los procedimientos por ellos regulados (conciliación-mediación, arbitraje) efectos impeditivos de la convocatoria de huelgas, que serían ilegales en caso de contravención.

#### **Declaración formal de la huelga**

Están facultados para declarar la huelga (art. 3.2 RDLRT, interpretado por la STC 11/1981):

1) Por decisión mayoritaria de los representantes de los trabajadores, con arreglo a sus normas de funcionamiento interno y de las que rigen la adopción de acuerdos en su seno (arts. 62.2 , 63.1 y 65.1 TRLET).

El art. 3.2.a) RDLRT dice expresamente que el acuerdo será adoptado en reunión conjunta de los representantes, por decisión mayoritaria de los mismos.

Conviene tener presente que se declaró **inconstitucional** el quórum del 75 por 100 de asistencia a la reunión de representantes que exigía el RDLRT (STC 11/1981).

2) Las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que la huelga se extienda (art. 2.2.d LOLS "con implantación en el ámbito laboral al que la huelga se extienda", STC 11/1981). En este sentido, tratándose de huelgas sectoriales y/o de ámbito superior a un centro de trabajo, es inconstitucional la exigencia del art. 3.1 RDLRT de que el acuerdo de huelga se adopte en cada centro de trabajo (STC 11/1981).

La "implantación" puede medirse por el número de afiliados, por el de candidatos proclamados en las elecciones a representantes de los trabajadores en el ámbito de la huelga y/o por la capacidad de movilización del sindicato (en definitiva, cualquier medio que haga notar su presencia y existencia real en el ámbito de la huelga).

Por ejemplo, la jurisprudencia ha declarado lícita la huelga convocada por un sindicato minoritario cuyos trabajadores afiliados ocupan una posición singular en el proceso productivo (STS, 3 de abril de 1991). También se ha admitido la legitimidad de un sindicato para hacer convocatorias pese a no tener afiliados en dicho ámbito (STS, 20 de junio de 1990).

No obstante, teniendo en cuenta que el RDLRT se promulgó en un momento en el que la libertad sindical no estaba aún expresamente reconocida y que, además, estaba planteado para que fuera gestionado por parte del comité de empresa, han tenido que adoptarse múltiples medidas correctoras para facilitar la fluida participación de los representantes sindicales (por ejemplo, cómo se analizará en lo relativo a la forma de convocatoria o la composición del comité de huelga).

3) Directamente por los trabajadores afectados por el conflicto. El acuerdo debe ser adoptado en votación secreta y por mayoría simple y el resultado de esta se hará constar en acta.

La STC 11/1981 suprimió el requisito de que la iniciativa para la declaración de la huelga deba ser apoyada por un 25% de los trabajadores de la plantilla.

### **Comunicación de la huelga**

El ejercicio del derecho de huelga tiene que respetar el resto de derechos y bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, siendo necesario preservar otros bienes que puedan resultar afectados, en especial, los servicios esenciales para la comunidad. De ahí se deriva la obligación de notificación.

La jurisprudencia constitucional ha manifestado que la exigencia de preaviso es razonable y no lesiona el contenido esencial del derecho de huelga: evita abusos y permite la protección de otros bienes y derechos (STC 332/1994).

Por tanto, el objetivo del preaviso es evitar el "carácter sorpresivo" de la huelga, permitiendo a los empresarios adoptar las medidas necesarias, y al tiempo, permitir o facilitar la negociación que la evite. Ahora bien, es importante tener en cuenta que las huelgas no avisadas no son *per se* ilegales, sino que, "en ocasiones, pueden ser abusivas". Y lo son, en efecto, salvo en los casos de "notoria fuerza mayor o estado de necesidad", circunstancias excepcionales que tendrán que probar quienes por tal razón no cumplieran la obligación de preavisar (STC 11/1981).

Por ejemplo, en los supuestos de embarque inminente de los trabajadores, se ha admitido el incumplimiento del preaviso, pues si se obligara a respetar el plazo previsto, se frustraría el ejercicio mismo del derecho de huelga (STS, 22 de junio 1989).

Por su parte, el TS ha declarado que no vicia la comunicación el hecho de que, posteriormente a la comunicación, se atrase la huelga o se reduzca su duración, si el cambio de fechas fue notificado con anticipación suficiente (STS, 20 de junio 1990).

En concreto, son responsables de este trámite los convocantes de la huelga. Y los colectivos que deben ser informados son:

- El empresario (art. 3.3.1.º RDLRT), a fin de que esté advertido y pueda todavía llegar a un acuerdo que evite en último extremo la huelga ya convocada y organizar servicios mínimos, etc.
- La autoridad laboral, para asegurar la publicidad de la huelga y garantizar los intereses públicos afectados, sobre todo cuando afecte a empresas – públicas o privadas– que presten servicios públicos (STS, 25 de enero del 2011). En este último caso, la huelga debe tener la publicidad necesaria para que los usuarios del servicio puedan tener conocimiento de la misma (arts. 3 y 4 RDLRT).

Ahora bien, esta obligación de comunicación no significa que cuando se trata de huelgas sectoriales deba notificarse de forma individualizada a todos los empresarios afectados (STC 11/1981); bastando, en cambio, que en estos casos se comunique a los representantes de los empresarios pertinentes y a la autoridad laboral en función de cuál sea el ámbito territorial del conflicto (STC 13/1986).

El RDLRT exige el **preaviso con 5 días** naturales de antelación a su fecha de iniciación (art. 3.3.2.º RDLRT).

Quando el acuerdo de declaración de huelga lo adopten directamente los trabajadores mediante votación, el plazo de preaviso comenzará a contarse desde que los representantes de los trabajadores comuniquen al empresario la celebración de la misma (art. 3 RDLRT).

Si la huelga afecta a **empresas encargadas de servicios públicos**, el **preaviso** deberá ser de **10 días naturales**.

En el cómputo del plazo no se puede incluir ni el día del preaviso ni el de inicio de la huelga (STS, 29 de marzo 1995).

En tal caso, los representantes de los trabajadores están obligados a dar a la huelga la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio (art. 4 RDLRT). En concreto, la **comunicación** debe contener:

- Los objetivos de la huelga (de forma concreta y clara, STC 332/1994).
- Las gestiones para resolver las diferencias.
- Fecha de inicio y duración (para un período de tiempo fijo o con una duración inicialmente indefinida).
- Composición del comité de huelga (art. 3.3.2.º RDLRT).

Notificada la huelga, el papel que puede llevar a cabo el empresario es particularmente controvertido, en especial si considera que la huelga es ilegal y opta por exteriorizar su opinión al resto de trabajadores antes del comienzo de la misma. Al respecto, los tribunales han mantenido criterios no coincidentes. Así, por un lado, se ha entendido que la advertencia empresarial sobre la ilegalidad del ejercicio del derecho de huelga ha sido calificada como ilegal por su carácter coercitivo (STS, 23 de diciembre del 2003). Y por otro, también se ha considerado que las manifestaciones de la empresa (sobre la forma o el fondo) no suponen coacción o amenaza alguna y que, en todo caso, la declaración de ilegalidad o no de la misma corresponde a los tribunales (STS, 22 de octubre del 2002).

Finalmente, aunque no lo especifica el RDLRT, la huelga puede **desconvocarse** antes de que llegue la fecha fijada para su comienzo. No obstante, no existen reglas al respecto. La única previsión existente es la que se refiere a la posibilidad de que a través de la negociación con el comité de huelga se lleve a cabo un pacto que ponga fin a la huelga.

Ahora bien, en supuestos de huelga intermitentes en servicios públicos (transporte de metro, SAN, 18 de octubre del 2010) o en empresas con sistemas de trabajo *just in time* (STS, 17 de diciembre de 1999), la desconvocatoria fulmi-

#### Preaviso de huelga

El preaviso aspira a que "antes de que la huelga comience deba darse a la otra parte la oportunidad de atender a las demandas de los huelguistas o establecer con ellos una transacción para evitar la huelga" (STC 11/1981).

nante o imprevista de los paros anunciados ha llevado a los tribunales a declarar su carácter abusivo, pues, imposibilitaba que la empresa pudiera dar trabajo efectivo a todos los trabajadores.

### Comité de huelga

En la comunicación de huelga se debe reflejar la composición del **comité de huelga**, cuya constitución es necesaria "y no desnaturaliza el fenómeno de la huelga" (STC 11/1981).

Este órgano es el encargado de gestionar la huelga, para procurar la negociación y resolución del conflicto.

Las características del **comité de huelga** son las siguientes: (art. 5 RDLRT y STC 11/1981).

1) Debe estar constituido con antelación suficiente para que su composición pueda comunicarse debidamente en la declaración de la huelga.

2) Debe estar compuesto como máximo por 12 miembros, del mismo centro de trabajo (aunque podría admitirse que los miembros del comité de huelga no sean trabajadores de la empresa); salvo que se trate de una huelga de ámbito superior al mismo, en cuyo caso solo se exige que esté formado por trabajadores incluidos en el ámbito del conflicto (STC 111/1981).

Su cometido consiste en:

a) "participar en cuanto actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto" (art. 5 RDLRT), y

De todos modos, conviene tener en cuenta que en su configuración legal actual el comité de huelga no tiene atribuida la legitimidad negociadora en exclusiva, pudiendo ser liderada directamente por los propios representantes unitarios o sindicales de los trabajadores.

b) "garantizar durante la huelga la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinarias, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa" (art. 6.7 RDLRT).

De todos modos, más allá de estas reglas específicas, el RDLRT obvia algunos aspectos relevantes, entre otros, como lo relativo a la fórmula para determinar su composición (aspecto particularmente importante cuando estén presentes diversos representantes de los intereses de los trabajadores, siendo deseable que se siga una regla de proporcionalidad de los convocantes), revocación de sus miembros, así como las reglas de funcionamiento interno (deliberación, etc.).

#### Lectura complementaria

**Rentero Jover.** *El comité de huelga en el Derecho español del Trabajo.* Madrid: CES.

## Servicios de seguridad y mantenimiento y esquirolaje

La defensa del patrimonio empresarial se concreta en la necesidad de prestar servicios de seguridad y mantenimiento durante el ejercicio del derecho de huelga. Su ejecución compete a los propios trabajadores, por lo que debe entenderse que se trata de un sacrificio impuesto por el ejercicio responsable de este derecho fundamental, dado que no "[puede] ejercitarse sin contrapartida" (STC 11/1981).

En la medida en que los servicios de seguridad y mantenimiento constituyen una limitación al derecho de huelga, el art. 6.7 RDLRT que los regula debe interpretarse restrictivamente. Especialmente, porque en función de su intensidad y del tipo de actividad de la empresa o proceso productivo, pueden comportar una neutralización efectiva del derecho de huelga. Así, cualquier extralimitación en su determinación constituiría una limitación ilegítima respecto al ejercicio del derecho de huelga.

1) Son **servicios de mantenimiento**: las tareas o funciones cuya interrupción durante la huelga pueda causar un claro y grave perjuicio a los elementos de la empresa, o un deterioro material de estos de imposible o muy costosa subsanación, o cualquier daño material irreparable, o al menos de notable gravedad, que afecte a la conservación o integridad de las instalaciones, mercancías, maquinarias, o de cuantos bienes, en suma, estén afectos a la actividad productiva.

De todos modos, esta descripción plantea numerosos conflictos cuando se trata de delimitar tales servicios en un caso concreto. Por ello, se sigue una **regla indiciaria** que bascula sobre dos polos: por un lado, si en circunstancias de normalidad o ausencia de huelga la actividad de la empresa puede suspenderse a diario o en días festivos sin ninguna consecuencia traumática; y por otro, si tal actividad debe continuar, incluso durante el cese de la actividad normal. En este último caso, podrá presumirse que la interrupción de tales servicios no es técnicamente posible.

2) Son **servicios de seguridad**: los referidos a aquellas medidas tendentes a evitar robos, daños o agresiones de cualquier tipo debidos a fenómenos fortuitos, actos de terceros o de los propios huelguistas, sobre las instalaciones de la empresa, sus maquinarias, materias primas, bienes o personas.

En cualquier caso, no puede confundirse el mantenimiento de estos servicios con que la empresa permanezca abierta y en orden durante la huelga (STC 80/2005).

La determinación de quién debe designar los servicios necesarios no es una cuestión pacífica.

### Servicios de mantenimiento y seguridad

La huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital (STC 11/1981).

Según la STC 11/1981, "la adopción de las medidas de seguridad no competen de manera exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga que es quien las garantiza, con la inevitable secuela de que la huelga en la que el comité no preste esta participación podrá ser considerada como ilícita por abusiva". En términos similares, la STCT, 5 de mayo de 1986 sostiene que esta decisión debe adoptarse conjuntamente con el comité de huelga.

No obstante, para un sector de la doctrina y de los tribunales es una decisión que puede tomar unilateralmente el empresario (SSTS, 31 de marzo de 1982; y 8 de abril de 1983).

La designación de los concretos trabajadores que deben realizar estos servicios no plantea dudas y debe ser efectuada de mutuo acuerdo entre el empresario y el comité de huelga (STC 11/1981).

No obstante, para el caso de que **no haya acuerdo**, el RDLRT no ofrece una vía para solventar este escollo. En este sentido, parece razonable exigir que se acuda a una **solución extrajudicial**. Tanto el ASAC V como los acuerdos autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos prevén mediaciones y arbitrajes para resolver este tipo de situaciones.

Y **si el desacuerdo persiste**, los tribunales han admitido que sea el empresario el que proceda a la designación unilateral de los servicios y de los trabajadores que han de prestarlos, sin perjuicio de la posterior revisión judicial de su decisión (SSTS, 29 de noviembre de 1993; y 28 de mayo del 2003).

Debiéndose acudir, en primer lugar, a los trabajadores que voluntariamente opten por no secundar la huelga (STS 25 de enero del 2010).

La obligación del comité de huelga de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad es una obligación de medios y no de resultados:

- Si el comité de huelga incumple la obligación de garantizar esta prestación (con una actitud pasiva o contraria), el empresario está facultado para sancionar a todos los trabajadores en huelga y no solo a los que hubiesen incumplido la obligación de prestar los servicios, pues la huelga será ilícita por abusiva (art. 16 RDLRT; y STC 11/1981). Además, podrá exigirse una responsabilidad de daños y perjuicios a los miembros convocantes de la huelga.
- Si la prestación de los servicios de mantenimiento y seguridad no se ha cumplido por la negativa del trabajador afectado o designado, la responsabilidad es estrictamente suya, pudiendo ser sancionado o incluso despedido.

En este último caso, el empresario está facultado para sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga, acudiendo a los denominados **esquirols externos** (art. 6.5 RDLRT). También debería admitirse, aunque el RDLRT no lo mencione de forma expresa, en los supuestos de incumplimiento de los servicios mínimos (STSJ, Galicia 23 de julio del 2001).

Fuera de estos casos, el esquirolaje externo no está permitido, pues con ello se quiere proteger la eficacia de la huelga. En este sentido, es importante advertir que, como es lógico, el ordenamiento jurídico no obliga al empresario a colaborar con los huelguistas para la consecución de sus propósitos; pero tampoco puede adoptar medidas que traten de neutralizar los efectos "prototípicos" de la huelga.

En concreto, tal y como se especifica en el art. 6.5 RDLRT, "en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo en caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado núm. 7 de este artículo".

#### **Origen de la palabra *esquirol***

El origen de la palabra *esquirol*, en el sentido de rompe-huelgas, no viene precisamente del animal, sino del nombre popular que se da al pueblo catalán de Santa Maria de Corcó, conocido también popularmente como "l'Esquirol".

Josep Pla en su libro *Un senyor de Barcelona*, en el que cuenta las memorias de Rafael Puget, natural de Manlleu, da una versión de primera mano del origen de la palabra: "Manlleu ha jugado un gran papel en la historia de la lucha social catalana. Una de las primeras huelgas de Cataluña tuvo lugar en el pueblo en la época de mi padre. Para sustituir a los huelguistas, los patrones hicieron lo posible para que entraran en las fábricas los obreros de los pueblos de los alrededores. Uno de los pueblos que dio mayor contingente fue l'Esquirol, como es llamado popularmente Santa Maria de Corcó. Estos obreros de l'Esquirol fueron llamados «esquirols» y esta palabra fue aceptada en la terminología social de todo el mundo para significar el fenómeno. Esto puede dar una idea de la impresión que dio en todas partes la solución de aquella huelga".

La prohibición descrita en el art. 6.5 RDLRT transcrito decae si, a pesar de la realización de nuevas contrataciones, de hecho no se ha producido una sustitución de los trabajadores huelguistas (STSJ, Galicia 23 de julio del 2001); o bien, si la huelga es ilegal (STS, 23 de octubre de 1987). Y del mismo modo, si es el empresario el que asume directamente las tareas (STS, 18 de septiembre de 1997).

De todos modos, la realidad es ciertamente compleja, pues el RDLRT no especifica qué criterio debe seguirse si se supe la falta de mano de obra acudiendo a otras empresas o a trabajadores autónomos.

La única regla clara al respecto está contenida en la Ley 14/1994, 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, LETT) al prohibir la formalización de un contrato de puesta a disposición con una ETT para sustituir a los trabajadores huelguistas (art. 8.a LETT).

Fuera de estos casos, debemos acudir al criterio ofrecido por los tribunales. En términos generales, puede afirmarse que va en contra de la finalidad del art. 6.5 RDLRT la suplantación de los trabajadores huelguistas mediante contratistas o subcontratistas (STSJ, Baleares 12 de diciembre de 1996).

Por ejemplo, en la STS, 25 de enero del 2010, se estima que la conducta empresarial atenta contra el derecho de huelga en la medida en que se emplea a trabajadores de otros centros de trabajo que no están en huelga y se recurre al servicio de otras empresas (*vid.* también, STSJ, Andalucía\Granada 22 de diciembre del 2010). Tampoco puede admitirse si se hace un uso intensivo de las empresas contratistas que ya venían prestando servicios para la principal (STSJ, Cataluña 3 de junio del 2008).

De todos modos, el criterio no es uniforme. Así, se ha admitido si en una relación mercantil entre una empresa principal y una contratista, esta última es la que está en huelga y la primera que no está afectada decide contratar los servicios de otra empresa (STS, 11 de mayo del 2001). Tampoco puede calificarse como un atentado al derecho de huelga si la empresa principal acude a las empresas contratistas habituales con normalidad (STS, 15 de abril del 2005). Del mismo modo, si el empresario emplea medios técnicos que no implican una sustitución de los trabajadores (SSTS, 4 de julio del 2000; y 27 de septiembre de 1999).

El incumplimiento del empresario de esta prohibición puede ser sancionado con:

- a) Una infracción administrativa muy grave (art. 8.10 TRLISOS).
- b) La posibilidad de obligar a la empresa a cesar en su conducta y a prescindir de los trabajadores contratados ilegalmente, por incurrir aquella en un comportamiento antisindical (arts. 12, 13, 14 y 15 LOLS) y en un atentado al derecho fundamental de huelga. Pudiéndose exigir una compensación económica por los perjuicios causados con esta conducta (art. 182.1.d LRJS).
- c) El art. 315.1 y 2 del Código penal tipifica como delito la conducta consistente en impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga, "mediante engaño o abuso de situación de necesidad".

La posibilidad de cubrir la ausencia de los trabajadores huelguistas con trabajadores de la empresa no huelguistas –**esquirolaje interno**– se admite en determinados casos. En concreto, la sustitución de los huelguistas con trabajadores de otras categorías profesionales del mismo centro (empleando la movi-

lidad funcional o el *ius variandi*), constituye el ejercicio abusivo de un derecho que, en principio, corresponde al empresario, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. Incluso, aunque se haga con su consentimiento (SSTC 123/1992; y 18/2005).

Los tribunales han calificado como conducta antisindical la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la misma empresa pero de distinto centro de trabajo (STSJ, Cataluña 10 de mayo de 1999); o áreas diferentes (STSJ, Cataluña 16 de abril del 2002); o de otra empresa del mismo grupo empresarial (STS, 27 de mayo del 2008). Asimismo, se ha considerado lesivo del derecho de huelga los cambios de horario y jornada durante el paro para eludir sus consecuencias y la utilización del personal administrativo para realizar funciones de envasado suplantando a los huelguistas (STSJ, Cataluña 5 de julio del 2002). También se ha considerado inviable que trabajadores de categorías superiores desarrollen voluntariamente tareas que no les correspondía (STC 33/2011).

### Servicios esenciales de la comunidad

El art. 28.2 CE vincula el ejercicio del derecho de huelga a la necesidad de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (por todas, STC 183/2006).

"La Ley que regule el ejercicio de este derecho [huelga] establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad" (art. 28.2 CE).

De modo que "el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga", pues "la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales" sin que esta limitación directa al ejercicio del derecho de huelga pueda calificarse como atentatorio al contenido esencial de este derecho fundamental (STC 11/1981).

El art. 10.2 RDLRT establece que "cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas".

Por consiguiente, el derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección.

No obstante, esta es una de las cuestiones más discutidas y problemáticas, pues debe tratarse de hallar un equilibrio entre el derecho efectivo al derecho de huelga, con los efectos prototípicos que comporta (paralización de los servicios, etc.), y el derecho de los ciudadanos a mantener en un nivel razonable el disfrute de sus derechos constitucionales. Labor ciertamente compleja de gestionar, pues cualquier acción dirigida a satisfacer una de las dos opciones redonda negativamente en la otra. Complicación que se acentúa, en la medida

#### STC 11/1981 y los servicios esenciales

"no parece necesario definir ahora de manera detallada qué haya de entenderse por servicios esenciales".

en que el juego de presiones mutuas se despliega en varios niveles al producirse un "llamamiento a la opinión pública que, como sujeto pasivo que soporta los efectos negativos de la huelga, se le convierte en «árbitro» informal, que ha de pronunciarse acerca de quién es el responsable de la traslación del conflicto laboral hacia ellos" (Cruz Villalón, 2010, pág. 19).

Así pues, "servicio esencial" y "garantías precisas" son los dos vectores constitucionales sobre los que gravita esta limitación del derecho de huelga:

En cuanto a la noción de **servicio esencial**, la jurisprudencia constitucional sostiene que es un concepto jurídico indeterminado que debe ser necesariamente inconcreto, debiéndose especificar en cada caso (STC 11/1981).

De todos modos, este concepto debe ser interpretado restrictivamente, pues, como se ha apuntado, no deja de ser una limitación para el ejercicio del derecho de huelga (SSTC 51/1986; 53/1986; y 43/1990) y cabe la posibilidad de que vacíe su contenido o que rebase la idea de contenido esencial (STC 26/1981).

Así pues, "han de prestarse los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el servicio público establece, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual (STC 53/1985)" (Pico Lorenzo, 2010, pág. 2).

Por ejemplo, el empleo de funcionarios de otros cuerpos para suplir a los que hacen huelga, despachando un número de asuntos similar que en las jornadas previas al paro, debe calificarse como un atentado a dicho derecho fundamental, pues la Administración impidió que tuviera reflejo la huelga en la comunidad social evitando que disminuyera la actividad administrativa de aduanas (STS\C-A 7 de junio del 2010).

Con relación al concepto de servicio esencial conviene apuntar lo siguiente:

1) No hace referencia a determinadas actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad; tampoco a la titularidad pública o privada del servicio, sino al "carácter del bien satisfecho"; o de otro modo, "a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos". Por consiguiente, debe ponerse el acento en los bienes e intereses de la persona.

Tampoco debe centrarse el foco de atención en la actividad desempeñada, sino en los resultados producidos.

2) En consecuencia, *a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí mismo, pueda ser considerado como esencial. Solo lo será en aquellos casos en los que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad que lo exija,

#### Diferencia entre servicios esenciales y servicios de seguridad y mantenimiento

El concepto de servicio esencial es distinto al concepto de servicios de seguridad y mantenimiento, pues no se refiere a la necesidad de que la actividad productiva pueda reanudarse al acabar la huelga, sino a que la actividad productiva continúe limitadamente durante la misma (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, pág. 457).

puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma (por todas, STC 183/2006).

3) De modo que la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento; o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal (STC 183/2006).

En definitiva, como puede advertirse con facilidad, se trata de una cuestión que se desenvuelve en el casuismo puro y que otorga a los tribunales un protagonismo destacado.

En cualquier caso, como premisa de partida, conviene advertir que el incumplimiento de la empresa de dirigirse a la autoridad gubernativa competente solicitando el establecimiento de los servicios mínimos o la inactividad o demora de esta a la hora de fijarlos no son un obstáculo para el ejercicio del derecho de huelga (STS, 22 de octubre del 2002).

La noción de **garantías precisas**, *ex art. 28.2 CE*, no fue delimitada por la STC 11/1981. Así, descartada su definición, su concreción ha quedado supeditada al análisis de cada conflicto concreto, debiéndose ponderar la afectación que el ejercicio de este derecho fundamental pudiera tener en los bienes constitucionales de la comunidad (STC 27/1989).

Determinada la **esencialidad** de unos servicios, se colige la necesidad de que la autoridad gubernativa determine los **servicios mínimos**, a través de decretos u órdenes de servicios mínimos (art. 10.2 RDLRT).

Según la STC 11/1981, el contenido del art. 10.2 RDLRT, atribuyendo la potestad de concreción de los servicios mínimos a la autoridad gubernativa, no es inconstitucional siempre y cuando se entienda que el sujeto de la atribución no es genéricamente la Administración pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno" (STC 11/1981). Especialmente, porque se proclama su carácter imparcial o neutral con respecto a las partes en conflicto.

Debe exigirse, por tanto, que la autoridad tenga atribuida, directa o indirectamente, **responsabilidad política** ante el conjunto de los ciudadanos. Esto es un mandato político representativo. Se trata, en definitiva, de una facultad reservada exclusivamente a los órganos de gobierno que ejercen poder político. Y que, por ello, pueden responder políticamente ante la comunidad política, esto es, los electores (por todas, STC 296/2006). De este modo se aspira a asegurar las condiciones de neutralidad e independencia necesarias para que

#### Servicios mínimos y autoridad gubernativa

La STC 11/1981 entendió que la atribución a la autoridad gubernativa de la potestad para establecer las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios mínimos no es inconstitucional.

la atribución de la competencia para fijar los servicios mínimos en caso de huelga pueda considerarse como respetuosa con el contenido del derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 CE (STC 36/2007). Queda, por consiguiente, excluida del ejercicio de esta facultad la Administración, al carecer de dicha responsabilidad. De modo que la determinación de los mismos por un órgano desprovisto de esta naturaleza supone una lesión constitucional al derecho de huelga.

STC 296/2006: "Siempre hemos considerado que la fijación de los mismos no puede abandonarse de ningún modo en manos de órganos que no tengan responsabilidad política, es decir, que no respondan ante la comunidad en su conjunto por unas decisiones que afectan de una manera muy importante al ejercicio de un derecho fundamental, como es el de huelga, de especial trascendencia para el buen funcionamiento de las relaciones laborales en un Estado social y democrático de derecho, y a la marcha de servicios esenciales para aquella".

Y añade: "solo órganos políticos que respondan ante la comunidad en su conjunto pueden asumir la grave responsabilidad de limitar el derecho constitucional de huelga de determinados ciudadanos; ya que solo órganos de tal naturaleza se encuentran estructuralmente capacitados para adoptar medidas que tengan en cuenta tanto los intereses de los huelguistas, como los de la ciudadanía en general, asegurando, por imperativo constitucional, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

Como afirma la STC 296/2006, "este aseguramiento de los servicios esenciales, que aparece como mecanismo básico de equilibrio entre el sano desarrollo del derecho colectivo de huelga de un grupo de ciudadanos y los intereses de la ciudadanía en general, debe ser responsabilidad de quienes tienen un mandato de tipo político". Y añade que esto es así "porque solamente ellos serán capaces de interpretar correctamente las necesidades, no necesariamente confrontadas, que plantean, por un lado, los huelguistas, y por otro, aquellos a cuyos intereses afecta el ejercicio de este derecho fundamental. Así, precisamente porque la exigencia de una apreciación equilibrada de los derechos e intereses en juego requiere la imparcialidad del órgano que establece los servicios mínimos, esta tarea no puede delegarse en quienes, dada su posición de parte interesada en el conflicto, no están en posición idónea para apreciar todos los aspectos sociales del mismo". Y finalmente, aclara que "se trata de evitar que una decisión tan importante para el ejercicio de un derecho fundamental quede en manos de quien estructuralmente no puede adoptar la posición *supra* partes que es necesaria para formular las medidas adecuadas que permitan, a la vez, a unos realizar plenamente su derecho de huelga constitucionalmente reconocido, y a otros tener garantizado el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad".

A la hora de delimitar qué se entiende por autoridad gubernativa, el TC ha entendido que tan imparcial es, en el área de sus respectivas competencias, la autoridad gubernativa del Estado como la autoridad gubernativa de la comunidad autónoma (SSTC 233/1997; en términos similares, STC 296/2006). Debiéndose entender incluidos (aunque hasta la fecha no se ha pronunciado expresamente el TC) los órganos políticos de las corporaciones locales en el

ejercicio de sus competencias. También debe extenderse a los órganos gubernativos que, sin ser elegidos directamente por los ciudadanos, lo hayan sido por sus representantes (ATC 49/2004).

Por ello, aunque la negociación con los trabajadores (el comité de huelga, los sindicatos convocantes) es práctica aconsejable –y así lo entiende el Comité de Libertad Sindical de la OIT–, la fijación negociada de los servicios mínimos, aunque deseable, "no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano constitucional" (STC 51/1986). De hecho, el comité de huelga no acostumbra a participar en la determinación de estos servicios ni tampoco en la designación de los trabajadores adscritos a los mismos.

Incluso las propuestas pueden provenir de una de las partes del conflicto. Como se expone en la STC 27/1989, si la autoridad gubernativa acepta las propuestas de la dirección del centro de trabajo afectado por la huelga, no comporta *per se* su inconstitucionalidad. Ahora bien, estas serán admisibles, "siempre que la fijación de los servicios mínimos provenga en última instancia de esa autoridad, se ajuste a los criterios de neutralidad e imparcialidad (...) y responda, en definitiva, no a los intereses empresariales, sino a la necesidad de preservar servicios esenciales de la comunidad". De modo que, "mientras se cumplan estos requisitos, el hecho de que se hayan seguido las propuestas del empleador puede justificar un examen más detenido y cauteloso de la decisión administrativa, pero no lleva en sí mismo la inconstitucionalidad de la medida".

En el caso concreto enjuiciado por la STC 27/1989, se estima, no obstante, que los servicios mínimos que contaban con el visto bueno del delegado del Gobierno, pero que habían sido establecidos en un plan elaborado por la dirección del centro de trabajo y el director provincial del Insalud, no podía entenderse que habían sido fijados por una autoridad gubernativa, con los requisitos de "neutralidad e imparcialidad" que resultan exigibles.

De todos modos, una vez concretados por la autoridad competente, *a priori*, nada impide que la concreta fijación de los servicios mínimos se confíe a los órganos de dirección y gestión de la entidad afectada o discurra por los cauces propios de la autonomía colectiva (STC 26/1981). Es decir, cabe que la empresa complete técnica y funcionalmente las previsiones de la disposición sobre mantenimiento de los servicios esenciales (STC 53/1986) y a ella puede confiarse también su puesta en práctica (STC 27/1989). Ahora bien, en la medida en que la autoridad gubernativa es la que tiene, en principio, la potestad y también el deber de determinar estos servicios, conviene tener en cuenta que no es admisible que abandone esta tarea (distinta de la simple ejecución o puesta en práctica) para delegarla, dejándola en manos de la entidad empleadora (STC 27/1989).

Por ejemplo, el rector de una Universidad no puede ser considerado como autoridad gubernativa a la hora de fijar los servicios mínimos en una huelga, sin que esto comporte una vulneración de la autonomía universitaria ni el derecho a la educación (ATC 49/2004). Ni tampoco el director gerente de un servicio de salud de un ente autonómico (STC 296/2006).

En términos similares, los servicios mínimos, que contaban con el visto bueno del delegado del Gobierno, pero que habían sido establecidos en un plan elaborado por la dirección del centro de trabajo y el director provincial del Insalud, tampoco puede entenderse que han sido fijados por una autoridad gubernativa, pues no concurren los requisitos de "neutralidad e imparcialidad" exigibles (STC 27/1989).

Ni tampoco si para la "puesta en práctica de los servicios mínimos" la autoridad gubernativa apoderara a la dirección del centro de trabajo, que no tiene tal carácter, para realizar funciones que van "más allá de la mera ejecución o puesta en práctica de las medidas limitativas del derecho... incidiendo en su propio contenido y delimitación", pues esto supondría "tanto como otorgar un apoderamiento a la propia entidad afectada por la huelga, incompatible con la garantía de imparcialidad buscada por la determinación que se contiene en el art. 10.3 RDLRT" (STC 193/2006).

En cambio, un secretario de Estado, en tanto que son, al igual que los ministros, órganos superiores de la Administración del Estado, "gozan de una posición que puede ser reconocida como la propia de las autoridades políticas" (STS\C-A, 6 de junio del 2010).

Si el órgano que dicta los servicios mínimos no estuviera revestido de la potestad política exigida para hacerlo, deberá anularse la resolución dictada, sin necesidad de entrar a valorar la constitucionalidad de la calificación de la esencialidad del servicio, ni tampoco los concretos servicios mínimos decretados (STC 310/2006).

A la hora de **concretar los servicios mínimos**, siguiendo a la STC 193/2006, conviene tener en cuenta que el art. 10.2 RDLRT, que permite imponer medidas limitadoras, se compone de dos elementos: "uno, la calificación del servicio ("servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad"); otro, de carácter circunstancial ("y concurren circunstancias de especial gravedad"), cuya exigencia ha de predicarse respecto de ambos términos de la alternativa del primer elemento. No basta así con la calificación del servicio para justificar las medidas limitativas, sino que estas, en su caso, han de ajustarse a las circunstancias, que deben ser, no solo graves, sino de especial gravedad". De hecho, como afirma la STC 11/1981, el art. 10.2 RDLRT es más estricto que el art. 28 CE.

En la fijación de las garantías de mantenimiento de los servicios esenciales, siguiendo la argumentación de la STC 233/1997, la autoridad gubernativa ha de ser objetiva y no velar por los meros intereses empresariales de las empresas o entes que prestan el servicio. Incluso en el caso de que sea la última destinataria de las reivindicaciones de los huelguistas. Su tarea se dirige única y exclusivamente a preservar los derechos o bienes constitucionales que satisface el servicio en cuestión, haciéndolos compatibles con el ejercicio del derecho de huelga.

Y por ello, a la hora de fijarlos, debe ponderar el derecho de huelga con (STC 183/2006):

- su extensión territorial y personal;
- la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga;
- las concretas necesidades del servicio;
- la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquella repercute;
- los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquellos.

Las medidas han de encaminarse a garantizar mínimos indispensables para el mantenimiento o funcionamiento de los servicios (STC 233/1997) sin que exista un procedimiento predeterminado (STC 27/1989).

Ahora bien, como se ha apuntado, este mantenimiento no puede significar que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar el funcionamiento normal del servicio. En definitiva, debe exigirse que la propuesta comporte una razonable proporcionalidad de los sacrificios impuestos a los huelguistas y a los usuarios de los servicios, así como la necesidad de que la restricción del derecho de huelga sea la menor posible (STC 51/1986). De modo que el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga solo hasta extremos razonables (STC 183/2006).

La decisión de la autoridad gubernativa ha de estar **adecuadamente motivada**. Requisito particularmente importante, pues no deja de ser un medio para comprobar la necesaria imparcialidad constitucionalmente requerida a la autoridad gubernativa a la hora de restringir este derecho.

No solo debe darse una especial justificación, sino que la misma se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó, y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales.

La fijación de los servicios mínimos no puede realizarse en abstracto. Por tanto, la motivación no puede incluir indicaciones genéricas que pueden predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterio para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone.

Por ejemplo, como afirma la STS\C-A 24 de mayo del 2010, "es evidente que el transporte es un servicio esencial, y que el ejercicio del derecho de huelga en este ámbito va a afectar a importantes intereses ciudadanos y económicos, pero no lo es menos que los servicios que se impongan han de ser mínimos, para hacer compatible el derecho de huelga de los trabajadores con el mantenimiento de un mínimo de los servicios esenciales. En consecuencia, ha de justificarse de forma razonable en cada caso la determinación de la cuantía de los servicios mínimos, no bastando con justificar la importancia del servicio y fijar los mínimos en un 66%, pues solo a través de la motivación de que esa es la cuantía adecuada podrán los recurrentes, como sostiene la sentencia recurrida, poder articular su defensa".

Por tanto, es preciso que se especifique (STC 183/2006):

- Los motivos que le llevan a apreciar la esencialidad del servicio.
- Las características de la huelga convocada.
- Los intereses que pueden quedar afectados.
- Los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado.
- Los factores o criterios cuya ponderación han conducido a determinar las prestaciones mínimas establecidas.
- No puede dejarse en manos de la empresa la determinación del "personal imprescindible", sin contener criterios objetivos suficientes, porcentajes u otras referencias numéricas, que permitan al personal conocer el número de trabajadores que deben continuar en actividad durante la huelga para el mantenimiento de los servicios esenciales (STS\C-A 9 de julio 2008).

Al respecto, *vid.* también, SSTS\C-A, 17 de noviembre del 2008; y 13 de julio del 2010.

Por ejemplo, la falta de justificación de los porcentajes de funcionarios llamados a prestar los servicios mínimos evidencia que la resolución administrativa no ha justificado el carácter esencial de los servicios cuyo mantenimiento quiso asegurar" (STS\C-A, 7 de junio del 2010).

Y el incumplimiento de estos requisitos tiene unos graves efectos, pues, como declara la STS\C-A, 17 de noviembre del 2008, "aquellas resoluciones que fijen los servicios mínimos y carezcan de motivación u ofrezcan una de carácter genérico, válida para cualquier convocatoria de huelga o, en general, las que no consideren las circunstancias específicas de aquella a la que se refieren habrán de ser consideradas nulas por desconocer las exigencias que en este punto derivan de la protección constitucional del derecho a la huelga".

De hecho, debe tenerse en cuenta que son frecuentes los recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, discrepando acerca de la fijación de los servicios mínimos efectuada por la correspondiente autoridad gubernativa. No

obstante, el control de la aplicación empresarial de los servicios mínimos establecidos, así como la designación de los concretos trabajadores que deben prestarlos es competencia de la jurisdicción laboral (STS, 11 de julio de 1994).

La exigencia de motivación sobre la esencialidad del servicio y sobre los concretos servicios mínimos decretados también adquiere una importancia capital a la hora de exigir al órgano gubernativo una posible responsabilidad jurídica ante la jurisdicción contencioso-administrativa o el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, quien se postule con derecho a ser indemnizado tiene que acreditar el perjuicio que ha sufrido y la cuantificación de la indemnización merecida (STS, 6 de abril del 2009).

Aunque, como ha manifestado la doctrina, no puede afirmarse que hasta la fecha esta monitorización esté siendo efectiva y eficaz, por la excesiva tardanza de la respuesta judicial, que en todo caso "anulará *a posteriori* la calificación de los servicios, o de parte de sus actividades, como esenciales y la fijación de los servicios mínimos que sean abusivos o desproporcionados" (Casas Baamonde, 2010, pág. 19).

De hecho, como afirma la STC 123/1990, la anulación posterior del acto gubernativo de fijación de los servicios mínimos no supone necesariamente que la negativa del trabajador a cumplir con la orden empresarial de imposición de tales servicios sea legítima. Es más, "del derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 CE no cabe derivar, por consiguiente, un derecho del trabajador designado para cumplir un servicio mínimo a examinar en cada caso la legalidad de la medida gubernativa y empresarial que imponen dichos servicios, y en función de ese juicio de legalidad, cumplirlo o no cumplirlo, aunque asumiendo en este último caso el riesgo del resultado de la resolución judicial posterior que revisase la medida gubernativa o empresarial, pues ello generaría un riesgo de inseguridad y aleatoriedad en el cumplimiento de los servicios esenciales que pondría en peligro valores y bienes constitucionalmente estimados como prevalentes. La generalización de este tipo de conductas supondría la prevalencia del ejercicio del derecho de huelga sobre el daño desproporcionado e innecesario a la propia Comunidad (STC 51/1986) y a los usuarios de esos servicios que implica su no funcionamiento a causa de la huelga, obligándoles a soportar unos sacrificios innecesarios e indebidos que la Constitución exige evitar".

Otro de los aspectos relevantes a tener en cuenta se refiere a los trabajadores efectivamente seleccionados para prestar los servicios mínimos. Asumiendo que su imposición implica una medida restrictiva, no solo debe procederse, como se ha apuntado, a una fijación equilibrada de los mismos, sino que en la medida de lo posible para su prestación debería optarse prioritariamente por seleccionar a los trabajadores no huelguistas. Para ello, sería preciso que la empresa tuviera conocimiento con carácter previo de quién va a secundar el paro, sin que, en tal caso, pueda calificarse como una conducta atentatoria de este derecho fundamental (Durán López, 2010, pág. 5).

De todos modos, nada debería impedir que, si el número de trabajadores no huelguistas es superior al exigido para el cumplimiento de los servicios mínimos, la prestación de servicios sea superior a los previstos por la autoridad gu-

bernativa. Si se entendiera que los servicios mínimos son máximos y únicos, se estaría vulnerando el derecho individual de los trabajadores de secundar o no la huelga (Durán López, 2010, pág. 6).

Por otra parte, la negativa del trabajador específicamente designado para cumplir con los servicios esenciales (o su cumplimiento parcial), puede motivar el despido o la imposición de una sanción disciplinaria. Consecuencia lógica si se tiene en cuenta que no pueden calificarse como trabajadores huelguistas (aunque hubieran preferido secundar la huelga) y, por ello, no debe admitirse que lleven a cabo cumplimientos parciales o defectuosos (Durán López, 2010, pág. 7). También podría darse el caso de que incurra en una responsabilidad penal o, según las circunstancias, las responsabilidades propias de la función pública.

Si el incumplimiento del trabajador es una derivada de una orden del sujeto colectivo convocante o ha sido inducido por este, cabría entender que la huelga es ilegal (art. 11.1.d RDLRT). La ausencia de una norma específica al respecto hace que cualquier pretensión dirigida a exigir una responsabilidad al sujeto convocante deba canalizarse a través de las normas del derecho común. De todos modos, su responsabilidad está muy limitada, pues "únicamente afloraría en caso de que se probara que ha inducido a los empleados a incumplir la orden a sabiendas de la ilicitud de su consejo, encajando en el contenido del art. 5.2 LOLS (Fernández Fernández, 2009, pág. 7).

En concreto, el art. 5.2 LOLS establece: "El sindicato no responderá por actos individuales de sus afiliados, salvo que aquellos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato".

En caso de incumplimiento de estos servicios esenciales, el Gobierno, en base al art. 10.2 RDLRT, puede acudir a otras medidas consistentes en la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores (al igual que para los servicios de seguridad o mantenimiento) o por efectivos militares o policiales (en virtud del art. 51.1 CE), pudiendo llegar, incluso, en el caso del estado de alarma, a la movilización del personal laboral.

Si se llegara al caso extremo de declaración del estado de excepción o de sitio, podría incluso suspenderse los derechos de huelga y de planteamiento de conflictos colectivos (art. 23 Ley Orgánica 4/1981, sobre Estados de Alarma, Sitio y Excepción).

### 3.2.4. Ilícitud de la huelga

La declaración de licitud o ilicitud de la huelga, con el consiguiente nacimiento o no del derecho fundamental, solo tiene lugar *a posteriori*, una vez que se ha desarrollado la misma y que se han adoptado las correspondientes inicia-

#### Lectura complementaria

Matía Prim (1996). *El abuso del derecho de huelga*. Madrid: CES.

tivas por la empresa o los trabajadores. Lo que, en la práctica, significa que las huelgas se realizan sin que se sepa a ciencia cierta si están amparadas por el ordenamiento jurídico.

En virtud del RDLRT, debidamente interpretado por la STC 11/1981, se establecen ciertas motivaciones que pueden acarrear la ilicitud de la huelga:

a) Cuando se inicie o se sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados (art. 11.a RDLRT).

La huelga política no va dirigida contra un empleador sino contra una autoridad pública. En consecuencia, puede afirmarse que el trabajador actúa no como trabajador, sino como ciudadano.

No obstante, no todas las huelgas políticas presentan una configuración uniforme. El Comité de Libertad Sindical de la OIT distingue entre **huelga política pura** –la que va dirigida contra la política del Gobierno sin que su objeto sea un conflicto de trabajo– cuya prohibición no considera atentatoria de la libertad sindical; y la **huelga de imposición económico-política o huelga política con trascendencia laboral** –la que va dirigida contra la política del Gobierno que ha tomado una medida que tiene que ver con las relaciones de trabajo– cuya licitud se admite por encontrarse garantizada por los Convenios de la OIT.

Aunque la STC 11/1981 sostiene que la "huelga es una medida de presión de los trabajadores frente a los empresarios" y que "no nos encontramos ante el fenómeno de la huelga protegido por el art. 28 CE cuando se producen perturbaciones en la producción de bienes y de servicios o en el normal funcionamiento de estos últimos con el fin de presionar sobre la Administración pública o sobre los órganos del Estado"; con posterioridad, ha matizado esta afirmación y ha sostenido que "la protesta contra la política económica y social del Gobierno no puede bajo ningún concepto ser calificada como una acción reivindicativa ajena a los intereses de los trabajadores" (STC 36/1993).

Esta matización ha sido asumida por los tribunales españoles, pues admiten las huelgas referidas a actos de los poderes públicos que guardan relación con los intereses sociales de los huelguistas (declaradas contra el paro, recorte de las pensiones, etc.), siempre y cuando sean de corta duración (STS, 1 de febrero de 1991).

Por el contrario, deben calificarse como ilegales las huelgas que actúen desprovistas de cualquier motivación profesional o que sean irrelevantes. De hecho, las huelgas insurreccionales están castigadas penalmente (art. 315 Código penal).

#### Posicionamiento empresarial ante la huelga política

Desde la perspectiva empresarial, la huelga política es especialmente compleja, pues significa soportar un conflicto que no ha causado ni cuyas pretensiones puede satisfacer, pero paga.

#### Huelgas políticas

Los tribunales españoles han admitido la legalidad de las huelgas políticas vinculadas a intereses sociales de los huelguistas siempre que sean de corta duración.

b) Cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan (art. 11.b RDLRT).

La STC 11/1981 afirma que el adjetivo *profesional* empleado por el art. 11.b) RDLRT ha de entenderse referido a los intereses que afectan a los trabajadores en cuanto a tales, no naturalmente en cuanto a miembros de una categoría profesional específica.

Así pues, solo serán huelgas ilícitas aquellas que:

- persiguen intereses totalmente ajenos a los de los trabajadores en cuanto a tales;
- no afectan a los huelguistas ni directa ni indirectamente, y
- no responden a objetivos que los entes sindicales consideren en un momento dado dignos de protección.

En Francia se establece una distinción entre la solidaridad interna y la externa (se es más restrictivo respecto de la segunda).

Interna: declarada en apoyo de despidos efectuados en la propia empresa en huelga.

Externa: la que se refiere a medidas adoptadas en organizaciones empresariales ajenas a la de los huelguistas.

En España la jurisprudencia ha admitido la legalidad de una huelga convocada para que se procediera a la readmisión de los trabajadores despedidos improcedentemente, argumentando que con la huelga se defendía "no solo el interés particular de los despedidos sino el general de toda la plantilla" (STS, 24 de octubre de 1989).

c) Cuando tenga por objeto alterar, dentro de su periodo de vigencia, lo pactado en un convenio o lo establecido por laudo (art. 11.c RDLRT).

La renuncia al ejercicio del derecho de huelga a nivel colectivo es lícita. No obstante, llegados a este estadio, debe distinguirse entre el **deber de paz absoluto** y **relativo**:

El **deber de paz absoluto** implica el compromiso de no plantear ningún tipo de huelga durante la vigencia de un convenio colectivo. No obstante, es un pacto que debe ser explícito, y normalmente, se alcanza a cambio de que el convenio colectivo contenga alguna mejora o compensación.

Según la STC 11/1981, este tipo de compromiso es constitucionalmente admisible, en tanto que:

- 1) No existe una auténtica renuncia, como acto definitivo e irrevocable.
- 2) Se trata en cambio de una abdicación temporal y transitoria del ejercicio del derecho y no del derecho en sí mismo.
- 3) El compromiso adquirido tampoco se realiza gratuitamente, sino mediante compensación contenida en el convenio colectivo.

Siguiendo la interpretación de la STC 11/81, debe tenerse en cuenta que afectará a los sujetos firmantes del convenio y a los trabajadores afectados por el mismo. *A sensu contrario*, los sujetos no firmantes no quedan afectados por el deber de paz absoluto.

No obstante, conviene tener presente que la STC 189/1993 parece haber modificado la doctrina de la STC 11/81, pues viene a defender que este pacto "al integrarse en el contenido obligacional del convenio colectivo, no tiene incidencia en el plano de las relaciones individuales encuadradas en el ámbito de aplicación del convenio".

Es decir, no se aplica a los trabajadores individuales sino solo a los sujetos colectivos firmantes.

El **deber de paz relativo** se deriva de la firma de un convenio colectivo. En efecto, durante su vigencia las partes se comprometen al respeto de su contenido, aceptando la imposibilidad de realizar cualquier reivindicación que trate de modificarlo. Lo que se traduce en la prohibición de plantear huelgas cuya motivación sea modificar el contenido del convenio colectivo vigente (denominadas "huelgas novatorias"). Por tanto, es un compromiso implícito en cualquier convenio colectivo, por lo que no es preciso que se prevea de un modo expreso.

En el contenido de todo convenio colectivo debe distinguirse entre el **contenido normativo** y el **contenido obligacional**. Mientras que el primero se refiere a las condiciones laborales propiamente dichas (regulación del salario, clasificación profesional, régimen de ascensos, etc.), el segundo se identifica con el deber de paz relativo. Expirada la vigencia pactada de un convenio, mientras que el contenido normativo permanece hasta que entra en vigor uno nuevo (lo que se conoce como **ultraactividad** del convenio colectivo), el obligacional decae. Lo que justifica la posibilidad de acudir a la huelga, por ejemplo, para presionar en la negociación del nuevo convenio.

#### Contenido normativo/ obligacional

A diferencia de las cláusulas normativas, con la denuncia del convenio colectivo decaen las cláusulas obligatorias y, por lo tanto, el deber de paz.

Sin embargo, si el deber de paz relativo impide que puedan plantearse las que pretendan modificar lo pactado, nada obsta que deban calificarse como lícitas aquellas que no persigan dicho objetivo.

La STC 11/81 establece que "nada impide la huelga durante el período de vigencia del convenio colectivo cuando la finalidad de la misma no sea estrictamente la de alterar el convenio".

En concreto, a pesar de la vigencia de un convenio colectivo, son lícitas las huelgas fundamentadas en los siguientes motivos:

**Huelga durante la vigencia de un convenio colectivo**

Pese a la vigencia de un convenio colectivo (y del deber de paz relativo) cabe la posibilidad de realizar huelgas legales.

**1) Reclamar una interpretación o aplicación del convenio colectivo:**

Es admisible porque no se trata de modificar los términos del convenio, sino precisamente de fijarlos.

Conviene tener presente que la legalidad de estas huelgas viene limitada por la imposibilidad de plantear una huelga habiendo iniciado el procedimiento de conflicto colectivo de trabajo previsto en el RDLRT (art. 17.2) o en acuerdos interprofesionales sobre solución de conflictos colectivos (por ejemplo, ASAC V).

**2) Exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio colectivo:** Se trata de una modalidad admisible, ya que tampoco hay una modificación del convenio si se exige algo totalmente ajeno al mismo.

No obstante, esta disposición debe complementarse con el contenido de los arts. 83, 84 y 89.1 TRLET, que permiten al empresario proponer modificaciones sobrevenidas del contenido del convenio colectivo.

Sin embargo, el problema se encuentra en determinar en la práctica cuándo nos encontramos ante una reclamación de una circunstancia no prevista en el convenio colectivo y cuándo se trata de una subversión de lo previsto en el convenio colectivo vigente, alteración de lo pactado.

Por ejemplo, la doctrina judicial ha estimado que una huelga motivada por la negativa de la empresa a negociar un pacto de empresa estando vigente un convenio colectivo no es ilícita. STSJ País Vasco, 20 de mayo del 2008.

**3) Exigir una alteración del convenio en aquellos casos en que este haya sido incumplido por la parte empresarial.**

**4) También puede plantearse una huelga lícita si se ha producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias presentes en el momento de la celebración del convenio colectivo y que, por consiguiente, justifican la revisión de lo pactado (aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*).**

En cualquier caso, se trata de un supuesto verdaderamente excepcional y mucho menos frecuente que los anteriormente descritos.

**d) Cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el RDLRT, o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos (art. 11.d RDLRT).**

Se trata de una modalidad de ilegalidad que la norma no especifica en exceso. Aunque en una primera lectura, podría entenderse que la ilegalidad surge de cualquier contravención, sustantiva o adjetiva del RDLRT o del convenio colectivo de aplicación, parece, no obstante, que se está enfocando hacia infracciones de procedimiento.

De todos modos, no puede afirmarse que cualquier contravención de la norma legal o pactada permita la declaración de la huelga ilegal. Atendiendo a lo expuesto hasta ahora, pueden identificarse las siguientes situaciones que comportarían la ilegalidad de la huelga, con las debidas matizaciones:

**Incumplimiento del RDLRT y huelga ilegal**

No todo incumplimiento del contenido del RDLRT comporta la declaración de ilegalidad de la huelga

1) Huelga con ocupación de locales: el art. 7.1 RDLRT prohíbe la ocupación de los huelguistas del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias. Supuesto ya analizado con anterioridad.

2) Huelgas por sorpresa: Es decir, las efectuadas sin respetar el plazo de preaviso.

Por ejemplo, la realización de un paro en la actividad laboral de un día completo siendo en apoyo de un compañero muerto en un accidente de trabajo avisado la víspera supone un incumplimiento del deber de preaviso y, por consiguiente, la huelga debe calificarse como ilegal (STS, 25 de enero del 2011).

No obstante, como se ha analizado, debe recordarse que este es un requisito que ha sido relativizado por la STC 11/1981.

Por otra parte, con relación a las huelgas intermitentes, aunque –como se analizará– se ha admitido su legalidad, salvo que se demuestre que su ejercicio es abusivo, es posible que se declare su ilegalidad si la desconvocatoria de alguno de los paros previstos es fulminante.

Y esta conducta puede producir un daño evaluable, especialmente en "aquellas empresas cuya actividad consiste en una producción (o prestación de servicios en el caso ahora enjuiciado) de flujo continuado, porque la convocatoria permite a la empresa acomodar el plan de producción teniendo en cuenta las horas de paro, máxime si en ambos casos se constata la reacción empresarial advirtiéndolo de ello, de forma que la desconvocatoria inmediata de un lapso temporal de huelga intermitente no constituye, por su efecto, un derecho de huelga, sino una medida de conflicto distinta a la huelga que viene a resultar abusiva o contraria al ordenamiento jurídico". Por ejemplo, los tribunales han estimado que la desconvocatoria sorpresiva de uno de los paros previstos en una huelga intermitente en una compañía ferroviaria, manteniendo los posteriores, evidencia que dicha conducta pretendía dejar sin efecto los servicios mínimos previstos "quebrando, de este modo, el equilibrio de sacrificios exigido para el legítimo ejercicio del derecho de huelga", pudiéndose apreciar mala fe en la actuación del sindicato convocante (SAN, 18 de octubre del 2010).

3) Incumplimiento de los servicios mínimos y de mantenimiento: La declaración de ilegalidad de la huelga está vinculada al incumplimiento de las obligaciones que específicamente incumben al comité de huelga (y no a las que corresponden a los trabajadores individualmente considerados). Asumiendo esta premisa, la huelga debe ser declarada ilegal si el comité de huelga no ha efectuado de buena fe una diligente actividad de vigilancia de los servicios y de advertencia a los trabajadores incumplidores de las consecuencias de sus actos.

Finalmente, hay dos situaciones que, en principio, no podrían motivar la declaración de ilegalidad de la huelga:

- Piquetes informativos: El comportamiento ilícito de los piquetes informativos no puede comportar la ilicitud de la huelga, pues el delito de coaccio-

nes es personal y no puede responsabilizarse a otros –los huelguistas– por el comportamiento ilícito de los miembros del piquete (STC 254/1988; y 332/1994).

- Incumplimiento de los servicios esenciales: en la medida en que el comité de huelga no participa en la determinación de estos servicios ni tampoco en la designación de los trabajadores adscritos a los mismos, es difícil que pueda decretarse la ilicitud de la huelga, pues el incumplimiento solo puede provenir del trabajador concretamente designado para desempeñarlos (sin perjuicio de la responsabilidad en la que pudiera incurrir por su conducta).

e) Huelgas abusivas (art. 7.2 RDLRT).

El art. 7.2 RDLRT declara que "las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, se considerarán actos ilícitos o abusivos".

Según la STC 11/81, el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Por consiguiente, no comprende otras alteraciones colectivas del régimen del trabajo distintas a la cesación del trabajo. Así, las modalidades de huelga previstas en el art. 7.2 RDLRT no se encuentran comprendidas en el listado del art. 11 RDLRT, como huelgas ilegales. De modo que con respecto a las mismas se establece una presunción de ilicitud. Lo que significa que los huelguistas que han empleado esta modalidad de huelga pueden tratar de demostrar que no fue abusiva.

Se entiende que la huelga ha sido abusiva si (STS, 6 de julio 1990):

- Produce un daño grave para la empresa.
- El daño producido es irracional, en función de las exigencias de la propia actividad conflictiva, debiendo tener en cuenta que toda huelga *per se* produce un daño al empresario.
- Concorre una patente intencionalidad de los huelguistas de producirlo.

Más allá de los supuestos enunciados en el art. 7.2 RDLRT, como por ejemplo, las **huelgas intermitentes**, la presunción es de licitud, correspondiendo al empresario probar su carácter abusivo (STC 72/1982; y STS, 6 de julio de 1990). Y en este sentido, por las exigencias inherentes a la presión que toda huelga conlleva, esa presunción debe, en su caso, ser combatida demostrando no solo

la generación de más daños, sino que estos son graves y han sido buscados intencionadamente por los huelguistas mas allá de lo que es razonablemente querido por la propia actividad conflictiva (SSTC 41/1984; y 148/1993).

En concreto, es el empresario el que debe aportar la base fáctica de "la desproporción entre los daños producidos al empresario y los sacrificios asumidos por los huelguistas" (STS, 30 de junio de 1990).

Más concretamente con relación a las huelgas intermitentes, la jurisprudencia sostiene que "es una modalidad huelguística que no está expresamente prevista en las relaciones de huelgas ilegales o de huelgas abusivas que contienen los artículos 7.2. y 11 RDLRT. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han tenido ocasión de señalar, no obstante, que esta alternancia o sucesión de horas o jornadas de huelga con horas o jornadas de trabajo, dentro de un conflicto colectivo único, no constituye en principio un supuesto de huelga abusiva, pero que puede calificarse como tal cuando el desarrollo de los paros intermitentes produce un daño desproporcionado a la otra parte de la relación de conflicto" (STS, 17 de diciembre de 1999).

De hecho, los tribunales sostienen que "sería absurdo prohibir [la huelga intermitente] en cuanto que es una alternativa a la clásica huelga continua, con frecuencia menos dañina para la empresa o para los usuarios de los servicios, al permitir la negociación y consiguiente reconsideración de posturas en los periodos intermedios, haciendo más previsibles y evitables las disfuncionalidades al añadir al preaviso de su inicio el aviso de cada activación" (STS, 17 de diciembre de 1999).

### **3.2.5. Fin de la huelga**

El RDLRT prevé tres modos para finalizar una huelga:

1) El art. 8.2 RDLRT establece que en cualquier momento los trabajadores pueden dar por terminada la huelga. Desistimiento que puede fundarse en varios motivos: consecución de las reivindicaciones que motivaron la huelga; fin de la capacidad de resistencia; o bien, por haberse sometido a un procedimiento de solución de conflicto colectivo (administrativo, art. 17.2 RDLRT; o por disposición de un acuerdo interprofesional sobre solución de conflictos colectivos, etc.).

En una huelga intermitente, el desistimiento ha de afectar a su totalidad y no a los paros que se intercalan con el trabajo efectivo (STS, 17 de diciembre de 1999).

2) Por pacto entre las partes en conflicto. El ejercicio del derecho de huelga no impide que durante su transcurso las partes puedan negociar. De hecho, el art. 8.2 RDLRT establece que "las partes deberán negociar para llegar a un acuerdo", proceso en el que la Inspección de Trabajo puede ejercer una función de mediación (art. 9 RDLRT).

No obstante, conviene tener en cuenta que dependiendo de la motivación de la huelga (por ejemplo, si es política o de solidaridad), no podrá haber negociación alguna.

El pacto que pone fin a la huelga tiene la misma eficacia que lo acordado en un convenio colectivo, en función de la legitimidad de los negociadores (art. 8.2 RDLRT).

Al respecto, pueden preverse instrumentos de mediación a través del Convenio Colectivo (recuérdese en este sentido, las previsiones contenidas en el ASAC V).

Por otra parte, la Inspección de Trabajo tiene una atribución como empresa al respecto (art. 9 DRLRT; y art. 3.3 Ley 42/1997 Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social).

3) El art. 10.1 RDLRT (debidamente interpretado por la STC 11/1981) prevé la posibilidad de que la huelga ("ordinaria" o que afecte a servicios esenciales) termine mediante un arbitraje obligatorio acordado por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, exigiéndose que el árbitro sea imparcial.

En este sentido, la doctrina ha criticado que no se haga mención a la posible participación de la Administración autonómica.

Se trata, sin duda, de un supuesto excepcional en la defensa de los intereses generales de la comunidad y que ha de ser interpretado de forma restrictiva, precisamente, por suponer una limitación de un derecho fundamental (Vega López, 2003, pág. 268).

No obstante, este modo de terminación solo puede darse si concurren las siguientes circunstancias:

- Duración o las consecuencias de la huelga.
- Posiciones de las partes.
- Perjuicio grave para la economía nacional.

Al respecto, la jurisprudencia ha declarado que el arbitraje solo puede imponerse si se dan **todos** los requisitos (STS, 9 de mayo de 1988).

Por ejemplo, se ha estimado que no concurrían si el paro solo se había prolongado durante 3 días (STSJ, País Vasco 23 de septiembre de 1998); o 15 días (STS, 9 de mayo de 1988).

## 4. Incursión en algunos derechos laborales fundamentales inespecíficos

### 4.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

La igualdad es uno de los valores superiores que fundamentan el Estado social (art. 1.1 CE).

El derecho a la igualdad que recoge el artículo 14 CE es un **derecho subjetivo relacional (no autónomo)**: su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas, de modo que es difícil que una violación de la igualdad no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho.

En general, la **discriminación** supone un tratamiento sistemáticamente peyorativo frente a un grupo de sujetos, basado en condiciones personales o familiares sobre las que no tienen facultad de elección, o en el ejercicio de derechos elementales, vinculados con la idea misma de dignidad humana. Por este motivo, se entiende que la existencia de una situación de discriminación en una determinada sociedad supone algo más que una mera diferencia de trato; es un verdadero atentado a la dignidad humana, a las más elementales situaciones de respeto al ser humano (Fernández López, 1992).

Entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación puede establecerse, por tanto, una clara distinción. El principio general de igualdad sólo veda el comportamiento arbitrario o injustificadamente desigual del empresario –mandato débil. En cambio, la prohibición de discriminación exige la identidad de trato. Por este motivo, sólo se admiten las excepciones que tengan un fundamento constitucional expreso –mandato fuerte (Martínez Rocamora, 1998).

No toda desigualdad de trato debe calificarse como atentatoria al principio de igualdad, sino sólo las que no estén justificadas, de acuerdo con criterios o juicios de valoración generalmente aceptados.

La prohibición de discriminación supone un tratamiento diferenciado y sistemáticamente peyorativo de un grupo de sujetos, basado en sus condiciones personales o familiares –sobre las que no tienen libertad de elección– o en el ejercicio de derechos fundamentales.

#### Principio de igualdad de trato

El principio de igualdad de trato puede definirse como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona (art. 28.1.a Ley 62/2003).

El acto discriminatorio puede manifestarse de un modo **directo**, o bien **indirecto** (art. 28 Ley 62/2003, 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social):

- La **discriminación directa**, más fácil de detectar, se produce en las situaciones en las que una persona sea tratada de forma menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Y, según el art. 6.1 LOI, "se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable".

La STJCE 10 de julio 2008 resuelve un supuesto de discriminación directa, en la que un empresario, después de haber ofertado un empleo, declara públicamente que su empresa busca instaladores pero no puede emplear a "extranjeros" a causa de las reticencias de la clientela a permitirles acceder a su domicilio privado durante la ejecución del trabajo.

- La **discriminación indirecta** hace referencia a disposiciones **aparentemente neutras** que puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de alguna de las circunstancias tuteladas (origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o orientación sexual), siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

Como recoge la STC 3/2007, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, siguiendo con la doctrina del TJCE, que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas.

Y, según el art. 6.2 LOI "se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados".

#### **4.1.1. La protección de la igualdad y la prohibición de la discriminación en el ordenamiento jurídico laboral**

La protección de la igualdad y la prohibición de discriminación se recogen en numerosas disposiciones jurídico-laborales.

Mientras que el art. 4.2.c) TRLET se refiere a la no discriminación como un derecho básico de los trabajadores, el art. 17 TRLET establece la prohibición de discriminación en las relaciones laborales (contenidas en preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales o decisiones unilaterales del empresario). Por otra parte, teniendo en cuenta el mandato del art. 9.2 CE, la Legislación Laboral admite la adopción de medidas de **discriminación** o **acción positiva**. Es decir, el principio de igualdad de trato no

impide que se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos, con el objeto de prevenir o compensar las desventajas que sufren (párrafos 2 a 4 del art. 17 ET).

### **Discriminación y acceso al empleo**

El art. 22 de la Ley 56/2003, 16 diciembre, de Empleo, establece la necesidad de respetar los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación, garantizando la plena transparencia del proceso de selección para el acceso a un empleo.

A raíz de la Ley 62/2003 (en consonancia con el art. 13 del Tratado de la Unión Europea y las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE) se ha producido una ampliación de las causas de discriminación. Así, se ha incluido la discriminación por orientación sexual, por razón de origen racial o étnico y la vinculada a ideas religiosas.

También deben tenerse en cuenta las medidas antidiscriminatorias dirigidas a las personas con discapacidad previstas en la Ley 51/2003, 2 de diciembre, sobre Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Por otra parte, el art. 3 de la LO 3/2007, 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOI) establece que "el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil". Añadiendo en el art. 4 que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral (art. 45 LOI).

Ahora bien, en las empresas de más de 250 trabajadores, después de realizar un diagnóstico de situación, debe negociarse un **plan de igualdad**, con el objeto de alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. En concreto, los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados (art. 46 LOI).

#### **Plan de igualdad**

Las empresas de más de 250 trabajadores están obligadas a negociar un plan de igualdad (para el resto es voluntario, salvo que el convenio colectivo prevea otra cosa).

En cuanto a la distinción entre la discriminación directa y la indirecta, la legislación laboral también se ha hecho eco profusamente:

- Reconociendo el derecho a los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente (art. 4.2.c TRLET); o bien,
- prohibiendo cualquier tipo de discriminación directa o indirecta (art. 17.1 TRLET); o bien,
- exigiendo al empresario que pague "por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella" (art. 28 TRLET).

Asimismo, la Autoridad Laboral debe velar por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo (art. 90.6 TRLET).

Por otra parte, sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente con ocasión de las medidas de garantía de los derechos fundamentales, en este estadio de la exposición, conviene señalar un aspecto de suma relevancia. La eficacia de la prohibición de discriminación que recoge la normativa laboral depende de la existencia de un mecanismo sancionador que trate de disuadir a los potenciales agresores de efectuar estas conductas socialmente indeseadas. Así, junto con la posibilidad de exigir responsabilidades penales y/o administrativas, la legislación laboral declara la nulidad de la disposición, acto o conducta discriminatoria –art. 17.1 TRLET.

Medida que presenta algunas particularidades cuando se trata de un despido. En efecto, siguiendo con la doctrina sentada por la STC 38/1981, si el empresario extingue el contrato en base a un motivo discriminatorio, o bien, atentando contra los derechos y libertades fundamentales, se entiende que el **despido es radicalmente nulo**. Lo que significa que está obligado a readmitir al trabajador (y el trabajador a ser readmitido), sin posibilidad, por tanto, de sustituir dicha obligación por el pago de una compensación económica (como sucede en los despidos declarados improcedentes –esto es, en los que no concurre la causa alegada por el empresario al extinguir). La aplicabilidad de esta regla, no obstante, depende de que se den las circunstancias siguientes:

- En primer lugar, –como ya se ha avanzado con anterioridad– el trabajador debe **probar** la existencia de un **indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental** (en el resto de supuestos extintivos es el empresario el que tiene la carga de la prueba).
- En segundo lugar, cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables

#### STC 240/1999

"La específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo".

#### STC 183/2007

"La discriminación puede viciar actuaciones relativas al acceso al empleo o a su mantenimiento y que, cuando así ocurre, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental, determinando la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio".

#### STC 29/2002

"Es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga, recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada".

y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate (STC 38/1981).

#### **4.1.2. Las conductas discriminatorias en el ámbito jurídico-laboral**

La organización productiva es un espacio especialmente propicio para que se den conductas discriminatorias. Lo que exige, como hemos comprobado, una atención especial por parte del legislador. De todos modos, el respeto de la igualdad y la prohibición de la discriminación no significa que la dirección de una empresa esté sujeta a un principio absoluto de igualdad de trato –lo que, a su vez, no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias (STC 128/1987).

Centrándonos en la tipología de las conductas discriminatorias, el listado de motivos recogidos en la normativa laboral descrita e, incluso, en la propia CE (art. 14 CE) no es cerrado, sino que es un *numerus apertus*. Según la STC 75/1983, la referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación del art. 14 CE no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación.

Hecha una breve alusión a la discriminación por motivos sindicales, la exposición que sigue se centrará en los siguientes motivos discriminatorios: discriminación por razón de sexo, por discapacidad y por razón de la edad. Teniendo en cuenta que el derecho a la igualdad no es un derecho autónomo, sino relacional, para evitar reiteraciones, la exposición del resto de supuestos discriminatorios más relevantes se efectuará con ocasión del análisis de los derechos fundamentales laborales inespecíficos (en concreto, al analizar el derecho a la libertad religiosa e ideológica).

##### **Otros supuestos discriminatorios**

La **orientación homosexual**, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitablemente una circunstancia incluida en la cláusula "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación (STC 41/2006).

El **estado de salud del trabajador** o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE (STC 62/2008).

La **naturaleza temporal** del contrato de trabajo también puede ser un motivo discriminatorio (SSTC 52 y 136/1987 y 177/1993); o incluso, el carácter **interino** o **funcionario** de la relación (STC 203/2000).

El principio de igualdad también puede verse vulnerado si se establece un régimen jurídico que prevé diferencias en función del **vínculo familiar** –matrimonio, parejas de hecho, etc. (STS 21 de mayo 2002).

La doctrina constitucional ha alcanzado un estadio más en este sentido, pues en virtud de la STC 26/2011, de 14 de marzo, en un supuesto en el que se niega a un trabajador la solicitud de un cambio de turno sin reducción de jornada, el Tribunal Constitucional ha admitido que dicha negativa debe calificarse como una discriminación "**por razón**

de sus circunstancias familiares" (la "particularidad" del caso es que en la STC 24/2011, de 14 de marzo, se niega este derecho en un supuesto muy similar, pero a petición de una trabajadora).

### Discriminación por razón de sexo

El art. 14 CE persigue la interdicción de determinadas diferencias contrarias a la dignidad de la persona, entre las que se encuentra la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo (STC 19/1989), lo que impide, en principio, considerar al sexo como criterio de diferenciación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo (STC 28/1992). La discriminación por razón de sexo puede manifestarse de múltiples modos:

a) La discriminación puede estar presente en el contenido de normas legales o reglamentarias. Por ejemplo, se estima que atenta contra el principio de igualdad la prohibición de trabajo de las mujeres en el interior de las minas, pues, aunque la especial dureza de este trabajo puede requerir determinadas exigencias de fortaleza y condición física, éstas habrán de ser exigibles por igual al hombre o a la mujer, al margen de su sexo (STC 229/1992).

O bien, el régimen jurídico previsto para acceder a las prestaciones de incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial (más gravoso que para los trabajadores a jornada completa), por tratarse de una modalidad contractual que afecta predominantemente al sexo femenino (STC 253/2004). Asimismo, la suspensión de la demanda de empleo de una desempleada durante el período de maternidad debe calificarse como discriminatorio (STC 214/2006).

En el ámbito funcional, la STC 240/1999 ha declarado que "el no reconocimiento de la posibilidad de obtener una excedencia por cuidado de hijos por parte de los funcionarios interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en situación de interinidad", pues "hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos", por lo que "en la práctica, la denegación de este tipo de solicitudes constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral".

b) La discriminación también puede provenir de la **regulación** de las condiciones de trabajo prevista en los convenios colectivos. En este sentido, conviene advertir que la existencia de una previa negociación entre los representantes de las partes no es un argumento suficiente como para concluir que el trato diferente que aquél establezca responde "indudablemente a unos motivos que se estimaron de suficiente entidad para servirle de sustento" (STC 28/1992).

Así, por ejemplo, si el convenio colectivo de una compañía aérea prevé una cláusula de retiro anticipado sólo para trabajadores del sexo femenino entre 35 y 40 años (en base a la necesidad de que las auxiliares de vuelo femeninas tuvieran una buena presencia física) no está justificado, debiéndose extender a todo el personal de la empresa (STC 207/1987).

#### La lucha contra la discriminación en el ámbito comunitario

La jurisprudencia TJCE se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

En cambio, no se otorga el amparo a un trabajador que solicita que se le reconozca una determinada ventaja económica (plus de transporte nocturno) prevista en el convenio colectivo únicamente para los trabajadores de sexo femenino (STC 28/1992). Ni tampoco a un hombre casado, con una hija, al que se le niega un complemento retributivo (en concepto de guardería), por cuanto que está previsto para las mujeres con hijos o los varones viudos con hijos (STC 128/1987).

El derecho a la igualdad también puede verse vulnerado si el convenio colectivo prevé una retribución inferior a las trabajadoras con respecto a los varones, pese a realizar un **trabajo de igual valor**. Elemento, éste último, de capital importancia cuando la discriminación trate de encubrirse en la existencia de categorías o grupos profesionales distintos ocupados preferentemente por trabajadores de uno u otro sexo –y, por consiguiente, se trate de justificar sobre la base de las diferentes funciones realizadas y/o en el especial esfuerzo físico requerido. Al respecto, el TC ha declarado que el sexo no puede ser un factor determinante de los criterios retributivos, a menos que sea un elemento de idoneidad o aptitud profesional para el desempeño de una tarea que posee un valor propio y específico (STC 147/1995).

En estos casos, en la valoración del trabajo, ha de garantizarse y exigirse que los propios criterios de evaluación del trabajo no sean, por sí mismos, discriminatorios. Por ello, debe evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros (STC 58/1994). De hecho, se estima que la prohibición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en consideración, a efectos salariales, rasgos inherentes a uno de los sexos en detrimento del otro (STC 145/1991).

c) En términos generales, siguiendo la doctrina del TC, la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. Sino que este tipo de discriminación también engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (SSTC 182/2005, 214/2006, 17/2007 y 233/2007). Y esto sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

Por otra parte, como recoge la STC 28/1992 en referencia al sexo, en el art. 14 CE, implica también la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer también en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo.

La prohibición de la discriminación por razón de sexo junto con el art. 9.2 CE admiten la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas o similares. Pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones.

En este contexto deben incardinarse las actuales medidas de promoción de la conciliación de la vida familiar y laboral. Éstas no sólo focalizan su atención en la inserción laboral o mejora de condiciones laborales de la mujer con responsabilidades familiares, si no que también persiguen la distribución de tales

#### STC 182/2005

"La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo".

#### STC 128/1987

En comparación con los varones, "existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él".

responsabilidades. Tratando, en definitiva, de facilitar la inserción del trabajador con responsabilidades familiares, con independencia de su sexo (Purcalla Bonilla, 2004).

Consecuentemente con este planteamiento, la legislación laboral ha tratado de establecer una serie de medidas dirigidas a proteger estas circunstancias. Y en especial, en lo relativo al despido.

Así, al igual que en los supuestos de despido que tengan por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzcan con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la extinción injustificada del contrato en los casos en los que el trabajador esté o haya ejercido alguno de los derechos que tiene atribuidos con el objeto de conciliar la vida familiar y laboral también serán declarados nulos (nulidad objetiva).

En concreto, en virtud del art. 55.5 TRLET, declara que "será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37[permiso o reducción por lactancia y por hijo prematuro y reducción de jornada para el cuidado de un familiar], o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46[suspensión para el cuidado de un familiar]; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.
- c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo".

En este sentido, uno de los aspectos más controvertidos ha girado alrededor de la posibilidad de declarar la nulidad del despido en supuestos en los que la empresa no tenía conocimiento del embarazo; planteándose si la trabajadora estaba obligada a probar la existencia de un indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental o no. La STC 92/2008 ha estimado que para declarar la nulidad del despido de la trabajadora embarazada no es necesaria la concurrencia de un ánimo empresarial discriminatorio y, por tanto, el conocimiento previo del estado de embarazo. O, dicho de otro modo, la extinción injustificada del contrato de una trabajadora embarazada, aunque el empresario no tenga conocimiento de su estado, debe ser calificada como nula (debiéndose readmitir, consecuentemente, a la trabajadora en su puesto de trabajo).

#### Maternidad y empleo

El riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales (STC 92/2008).

#### STC 92/2008

El régimen jurídico vigente no exige "la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado".

En otro supuesto, el TC ha entendido que la no renovación de un contrato temporal por obra o servicio de una trabajadora social embarazada, como se había venido produciendo desde hacía algunos años, y el hecho de la necesidad de tales servicios persistían (como demuestra el hecho de que el Ayuntamiento contratara a otra trabajadora social) ponen de manifiesto que se ha producido un comportamiento discriminatorio (STC 74/2008).

Y la extinción de un contrato de trabajo durante el período de prueba durante el cual una trabajadora ha solicitado varias bajas laborales motivadas por abortos naturales también debe calificarse como discriminatoria (STC 17/2007).

No obstante, la doctrina judicial ha entendido que la nulidad objetiva descrita (esto es, con independencia de que la empresa conozca o no el embarazo de la trabajadora) no es aplicable en los supuestos de extinción de la relación laboral de una trabajadora embarazada durante el período de prueba. Lo que quiere decir que, en tales casos, la trabajadora embarazada deberá aportar indicios de discriminación para entender que la extinción de su contrato de trabajo respondió a un motivo discriminatorio (el hecho de que la empresa conozca su estado de gestación no es una circunstancia indiciaria suficiente), STS, 18 de abril del 2011.

De todos modos, como afirma la STC 17/2003, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. En el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, esta protección también condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario, evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado.

Así, la STC 3/2007 ha declarado que la negativa de la empresa (confirmada por el órgano judicial) a aceptar la reducción de jornada propuesta por una trabajadora –en virtud de la facultad reconocida en el art. 37.5 y 6 TRLET (que consistía en pasar de una jornada de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde, a otra de lunes a miércoles y en horario de tarde), debe calificarse como discriminatoria. Especialmente porque "el hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE". Al respecto, cabe tener en cuenta también las SSTC 24 y 26/2011.

**d)** El **acoso** es otra forma de discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico. Aunque el acoso discriminatorio puede manifestarse de múltiples formas, el denominador común de todas ellas es que se define en atención al resultado y no a la conducta en que se concreta el comportamiento prohibido (Molina Navarrete, 2004).

Entre las diversas tipologías de acoso, centraremos nuestra atención en el acoso sexual, por su dimensión como problema. Éste es un atentado contra la libertad sexual del individuo que puede incardinarse en la prohibición de discriminación por razón de sexo. Según el art. 28.1.d) Ley 62/2003 por "acoso" se entiende "toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo".

Por otra parte, el art. 7 LOI hace una distinción entre el "acoso sexual" y el "acoso por razón de sexo".

- **Acoso sexual.** Cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

El acoso puede exteriorizarse mediante cualquier comportamiento que suponga una ofensa para quien lo recibe, con independencia del medio utilizado –incluyendo, acciones, palabras, gestos, insinuaciones, escritos, dibujos, anuncios en lugares públicos, etc. No obstante, es importante **distinguir** entre el **acoso sexual** del **comportamiento amistoso**, pues, mientras que el primero es unilateral e indeseado, el segundo es voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

- **Acoso por razón de sexo.** Cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Por otra parte, según el art. 54.2.g) TRLET, es motivo de despido disciplinario, "el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa".

Lo definitorio de una conducta de este tipo es que el trabajador sea requerido sexualmente, explícita o implícitamente con la promesa de experimentar una mejora o la amenaza de sufrir un mal en sus condiciones o expectativas laborales, en función de que acepte o no al requerimiento formulado (STSJ Galicia 28 de noviembre 2000).

Tal comportamiento hostil puede provenir del propio empresario, así como de otros compañeros (en cuyo caso, tiene competencia la jurisdicción social, STC 250/2007) o, incluso, de clientes. Y, en estos supuestos, el empresario puede ser declarado responsable, por tolerar este tipo de conductas en la empresa (STC 250/2007) o por inhibirse ante la queja frente a un cliente. Ahora bien, de demostrarse que la empresa no tenía conocimiento de tales comportamientos, no puede imputársele responsabilidad alguna (STC 74/2007).

De hecho, el art. 48.1 LOI exige a las empresas promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

En cualquier caso, "para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal tálante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato" (STC 224/1999).

Es importante, además, que la objetividad y la gravedad del comportamiento son los aspectos que deberán ser valorados a la hora de suministrar los elementos iniciales de prueba que permitan al juez presumir la posible existencia de un acoso sexual (STC 136/2001).

El acoso sexual debe diferenciarse de otros tipos de acoso, como por ejemplo, el **acoso moral** o **psicológico** (*mobbing*), pues, su objetivo no es perseguir favores de carácter sexual, sino hacer el vacío a la víctima, provocando su humillación y definitivo alejamiento del lugar de trabajo. El acoso laboral, pese a ser pluriofensivo, se estima que siempre supone una violación del derecho a la dignidad de la persona o su integridad moral (art. 15 CE). Por ello, la razón de ser de la tutela antiacoso moral debe ser la prohibición de la desintegración psicológica y moral de la persona. Las características básicas del *mobbing* son: trato humillante y vejatorio; habitualidad o reiteración; ánimo desestabilizador; y que sea efectiva y objetivamente constatable (Molina Navarrete, 2004; Sagardoy Bengoechea, 2005; Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

### **Mobbing**

El término *mobbing* proviene del verbo inglés *to mob* que significa perseguir, asaltar, atropellar. Y ha sido traducido como "psicoterror laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo, para referirse a una situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en el lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles" (Sagardoy Bengoechea, 2005).

## **Discriminación por razón de edad**

Aunque la edad no figura entre las causas de discriminación expresamente enunciadas en el art. 14 de la CE, puede encontrarse entre las circunstancias personales a las que genéricamente se refiere el inciso final del precepto (SSTC 75/1983, 31/1984 y 69/1991) y, por ello, podrá en algunos casos ser tomada en consideración cuando resulte relevante desde el punto de vista de la aplicación del principio de igualdad (STC 69/1991).

Según la STC 22/1981, la previsión legal de una edad de jubilación forzosa –tal y como estaba prevista en la D. Ad. 5.ª del Estatuto de los trabajadores de 1980– (basada en una presunción de ineptitud *iuris et de iure*) carece de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar (art. 35 CE), anulando de hecho su contenido esencial.

Lo que durante largo tiempo no impidió que los convenios colectivos, siempre que se vincularan a una política de empleo, previeran una edad de jubilación forzosa (opción que ya no es posible, D. Ad. 10.ª TRET, en la redacción dada por la Ley 3/2012).

Para la STS 27 de diciembre 1999 la exigencia de una determinada edad (25 años como máximo) en una convocatoria a un puesto de trabajo en una compañía aérea, no puede calificarse como discriminatoria, pues, atendiendo a las tareas que se van a encomendar "hacen que el requisito de edad constituya una distinción objetiva, seria, abstracta y razonable".

### **STSJ [C-A] Cataluña**

No obstante, en la STSJ [C-A] Cataluña 10 noviembre 2006 se confirma la sanción administrativa (tres mil euros) impuesta por la Autoridad Laboral a una empresa por haber publicado una oferta de empleo requiriendo una "Edad entre 35-45 años", pues, debe calificarse como una discriminación desfavorable por razón de edad.

## Discriminación por razón de discapacidad

La Ley 51/2003 –a la que ya hemos hecho referencia– tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 CE (párrafo 1.º art. 1.1 Ley 51/2003).

Entendiendo que la "igualdad de oportunidades" se refiere a la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social (párrafo 2.º art. 1.1 Ley 51/2003).

### Art. 38.2 Ley 13/1982

En este sentido, el art. 38.2 Ley 13/1982, 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, prevé una cuota de reserva de trabajadores discapacitados (un 2%) aplicable a las empresas públicas y privadas que empleen un número igual o superior a 50 trabajadores. Aunque, con una intención claramente flexibilizadora, se permite a las empresas sustituir esta obligación por medidas alternativas previstas en el Decreto 27/2000, 14 de enero.

Como hemos apuntado anteriormente, el TC ha manifestado que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación (STC 62/2008).

### STC 62/2008

A pesar de ello, la STC 62/2008 ha estimado que si una empresa despide a un trabajador, no por estar enfermo ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo (en concreto, había ocultado que padecía una enfermedad en las cervicales que le imposibilitaba desarrollar las labores de albañil comprometidas), no debe calificarse como una conducta discriminatoria. Especialmente, si la empresa de haber conocido esta circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla.

## 4.2. Derecho a la libertad ideológica y religiosa, objeción de conciencia y empresas de tendencia

### 4.2.1. La libertad ideológica y religiosa

El derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) es un derecho de la persona del trabajador no recogido explícitamente en la legislación laboral. Lo que, como hemos visto, no obsta que sea aplicable en el ámbito laboral.

El apartado 1 del art. 16 CE declara "se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

Y el apartado 2 establece que "Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

#### La libertad religiosa y el constitucionalismo moderno

La exigencia de tolerancia religiosa, surgida de la quiebra de la unidad espiritual europea como consecuencia de la reforma, estuvo en el origen de las declaraciones de derechos y, en definitiva, del constitucionalismo moderno (Díez-Picazo, 2003).

Como única alusión del derecho a la libertad ideológica y religiosa del trabajador, el TRLET declara la prohibición de discriminación por religión, convicciones e ideas políticas" (arts. 4.2.c y 17) y el derecho a la intimidad (art. 4.2.e), en el que quedan comprendidas la protección frente al acoso por razón de la religión o convicciones.

La libertad ideológica y religiosa consiste en el derecho de la persona a mantener unas determinadas ideas, pensamientos o creencias, así como a manifestarlas libremente. Y, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista, basado en la tolerancia y respeto a la discrepancia y diferencia, es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social (STC 292/1993).

El contenido de la libertad ideológica puede ser cualquier concepción del mundo y comprende la totalidad de las opciones vitales, políticas, filosóficas, culturales, científicas, económicas, artísticas, sindicales y religiosas (Hidalgo Rúa, 1997).

Para el TC, este derecho se configura como el "fundamento de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes", hasta el punto de que, sin ella, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 CE para constituir el Estado Social y Democrático de derecho (STC 20/1990).

Y según la STC 132/1989, la libertad ideológica implica "la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones que se le presentan de acuerdo con sus propios intereses y preferencias". Y, como manifiesta la STC 25/1981 un derecho subjetivo que garantiza "un ámbito de libertad, derecho a no ser perseguido, sancionado o molestado por los pensamientos, opiniones y creencias".

Por otra parte, el derecho a la libertad ideológica y religiosa presenta una faceta **positiva** y una **negativa**:

- La faceta **positiva** consiste en tener –o en dejar de tener– las ideas y creencias que uno mismo estime como más adecuadas, sin sufrir presión o represalia alguna. Por ello, se afirma de que se trata de una garantía de inmunidad, pues, no se puede ser sancionado por las propias creencias (Díez-Picazo, 2003).

La libertad ideológica y religiosa en sentido positivo, presenta, a su vez, una manifestación **interna** y otra **externa** (STC 20/1990):

- La dimensión interna estaría formada por el derecho de cada persona a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida, y se identifica con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, con la libertad de ideas y con la libertad de creencias. En definitiva, supone la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.
- La dimensión externa se traduce en el diseño de un sistema de protección que se concreta en la existencia de una esfera de libertad, necesaria para que cada idea u opinión trascienda libremente al exterior. De hecho, se entiende que ésta es la esfera más relevante, por cuanto que el derecho constitucionalmente reconocido sólo puede operar con

#### Contenido complementario

La libertad ideológica y religiosa es esencial para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político (STC 20/1990).

respecto a manifestaciones exteriorizadas (no pudiendo actuar cuando permanece en el foro interno de la persona).

Precisamente, esta dimensión externa está íntimamente vinculada a la libertad de expresión (del Rey Guanter, 1992), y ésta se vincula con la interdicción de cualquier represalia derivada de la manifestación de ideas, pensamientos, opiniones o creencias. Lo que, a su vez, evidencia una conexión trascendente, pues la libertad ideológica está íntimamente vinculada al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación (Goñi Sein, 1988; Hidalgo Rúa, 1997).

La faceta **negativa** de la libertad ideológica y religiosa debe entenderse en el sentido de que nadie puede verse obligado a revelar sus convicciones.

Según la STC 19/1985 "el derecho fundamental recogido en el art. 16 CE comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción respecto de las cuales el art. 16.2 CE establece un acotamiento negativo en cuanto dispone que 'nadie podrá ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencias'".

La incidencia de la libertad ideológica en el ámbito laboral es evidente. Pudiéndose identificar una doble protección en el ámbito del contrato de trabajo, pues:

- por un lado, se prohíbe al empresario indagar en la ideología de sus trabajadores;
- y, por otro lado, si la empresa tiene conocimiento de dicha información, no puede emplearla para dar un trato menos favorable al trabajador. Debiéndose tener en cuenta que las manifestaciones ideológicas efectuadas por éste en un ámbito extralaboral son absolutamente irrelevantes para el empresario –salvo, claro está, que puedan referirse a la empresa en unos términos considerados como abusivos.

Los conflictos más relevantes que suscita el reconocimiento de la libertad ideológica y religiosa en el ámbito contractual pueden sintetizarse en los escenarios que se describen a continuación.

### **El empresario, ¿está facultado para exigir al trabajador revelar su ideología o convicciones?**

El derecho a la libertad ideológica y religiosa en su dimensión negativa opera como un límite infranqueable para los intentos del empresario dirigidos a conocer las convicciones u opiniones personales del trabajador. Esta restricción es operativa, no sólo a lo largo de la relación contractual, sino que también abarca a la precontractual (lo que no debe confundirse con la facultad de la empresa de requerir al aspirante a ocupar un puesto de trabajo cierta información para determinar su idoneidad). Y lo mismo cabe decir respecto de la discriminación por motivos ideológicos.

#### **Libertad ideológica y empresario**

El ordenamiento jurídico no sólo prohíbe toda discriminación ideológica, sino que sujeta al empresario a un verdadero deber de respetar la libre opinión de sus trabajadores en el seno de la relación laboral (Blat Gimeno, 1986).

#### **Indagaciones empresariales sobre la ideología del trabajador**

Con carácter general, el trabajador no puede verse sometido a preguntas o indagaciones relacionadas con sus opiniones personales, ya que éstas gozan de especial tutela constitucional.

Según la STC 292/1993, la afiliación a un sindicato en una opción ideológica protegida por el art. 16 CE que garantiza al ciudadano el derecho a negarse a declarar sobre ella. La revelación de la afiliación sindical es por tanto un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales.

Así pues, el empresario no está legitimado para obligar a los trabajadores a revelar su ideología, pero tampoco lo está para obligar al sindicato a revelar los trabajadores que están afiliados al mismo (STC 145/1999).

### **El empresario, ¿está facultado para limitar la exteriorización de las convicciones ideológicas de los trabajadores en la empresa?**

Como hemos apuntado, la libertad de expresión es una de las manifestaciones del derecho a la libertad ideológica. Cabe pensar que, en la medida en que las manifestaciones activas y externas de las convicciones ideológicas del trabajador no interfieran de un modo directo en la actividad empresarial ni incidan en el cumplimiento de los deberes laborales, el empresario no está facultado para restringir este derecho (Hidalgo Rúa, 1997). Así pues (dejando al margen a las empresas de tendencia), toda acción empresarial dirigida a limitar directa o indirectamente las declaraciones ideológicas, morales o religiosas de los trabajadores deberán declararse ilícitas.

Ahora bien, cuando la expresión ideológica se traduce en acciones de proselitismo y propaganda activa (búsqueda de adeptos, etc.), o bien, pasiva (adhesivos, chapas, etc.) desarrolladas en la empresa, la cuestión se complica, pues, puede afectar al cumplimiento de la prestación laboral comprometida por el trabajador. O, desde otra perspectiva, lo que se plantea es si el empresario debe permitir este tipo de comportamientos en la empresa.

En principio, debe entenderse que el empresario está obligado a permitir este tipo de exteriorizaciones, siempre y cuando no redunde negativamente en el rendimiento laboral del trabajador o de sus compañeros.

Por otra parte, existen algunos colectivos que, dadas las particularidades de su relación contractual, merecen una atención especial. El régimen jurídico de los **profesores de primaria que deben impartir la asignatura de Religión y moral católica** es uno de ellos, especialmente, por la conflictividad judicial que ha suscitado. Según los Acuerdos existentes entre la Santa Sede y el Estado español (1979), la propuesta de profesores que deben impartir la asignatura de religión y moral católica en los centros de enseñanza pública debe hacerse por anualidades y corresponde a la Autoridad Eclesiástica.

Tras manifestar que no se trata propiamente de un supuesto en el que inter venga una empresa de tendencia (STC 38/2007), la STC 128/2007 estima que la decisión del Obispado de cesar a un profesor de Religión y moral católicas, tras manifestar en los medios de publicación (un diario) que es un cura casa-

do y que es miembro del movimiento procelibato opcional, no es motivo de discriminación (especialmente, porque no hubo intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador, pues fue él mismo el que exteriorizó su situación).

Según la STC 38/2007, "[r]esultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva".

### **El empresario, ¿puede obligar al trabajador a desarrollar una prestación a pesar de ser incompatible con su ideología?**

Los posibles conflictos de incompatibilidad que pueda tener el trabajador entre su ideología y la prestación laboral a la que se ha comprometido son irrelevantes si tenía conocimiento de su cometido desde un inicio. Pues, aunque la empresa está obligada a respetar el lícito ejercicio del derecho a la libertad ideológica, no está obligada a acomodar la prestación laboral a la ideología de los empleados. Sin que, por otra parte, el empresario esté obligado a adaptar la prestación laboral del trabajador ante el cambio sobrevenido de su ideología y la consiguiente incompatibilidad con la inicialmente comprometida. Aunque sobre la base de la buena fe, sería deseable un mínimo deber empresarial de acomodación (Hidalgo Rúa, 1997).

De todos modos, cuando se trata de la libertad religiosa, el conflicto presenta perfiles propios. Especialmente, porque se trata de un derecho desarrollado a través de la LO 7/1980.

El art. 2 de la citada ley establece que "la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a[...]b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales".

Y según el art. 3, "el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática".

El reconocimiento de este derecho no significa que su ejercicio en el ámbito laboral pueda ser objeto de limitación. En efecto, en virtud de la STC 19/1985, la petición de un trabajador (adventista del séptimo día) de disfrutar el día de descanso semanal un sábado, no debe calificarse como un atentado a la libertad religiosa por los siguientes motivos:

- porque el descanso semanal es una institución secular y laboral,

- porque la fijación de este día de la semana ha dejado de tener una connotación preeminentemente religiosa, y ha quedado consagrado por la tradición, y
- porque puede ser objeto de negociación entre las partes.

Tampoco sería admisible que el empresario tratara de imponer a los trabajadores una determinada concepción ideológica o religiosa (por ejemplo, en STSJ Madrid 11 de septiembre 2001).

#### 4.2.2. La objeción de conciencia

La **objeción de conciencia** puede ser definida como el "derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones" (STC 161/1987).

La CE sólo se refiere a la objeción de conciencia en el art. 30.2, al decir que "la Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia". Lo que ha planteado la discusión relativa a si el texto constitucional ampara otros supuestos. Al respecto, la doctrina del TC ha seguido un itinerario oscilante:

- Según las SSTC 15/1982 y 53/1985 no es precisa una regulación de la objeción porque deriva del art. 16 CE. En concreto, se entiende que la objeción de conciencia es una manifestación de la libertad de conciencia, que a su vez es una concreción de la libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16 CE.
- No obstante, este criterio cambia a partir de las SSTC 160/1987 y 161/1987 (y posteriormente, la STC 321/1994), cerrándose la posibilidad de concebir la objeción de conciencia como un derecho general derivado de la libertad ideológica, religiosa o de conciencia.

Planteamiento que tiene sentido, si se acepta que, en rigor, la objeción de conciencia no está integrada en la libertad ideológica y religiosa. Como hemos visto, ésta comporta el derecho a poseer las creencias que uno estime oportunas, a manifestarlas públicamente y a no sufrir sanciones por ello. En cambio, la objeción de conciencia implica algo más: el derecho a conducirse de conformidad a los dictados de la propia conciencia. Así pues, puede afirmarse que mientras que la libertad ideológica y religiosa es básicamente un derecho que opera en el plano de las ideas y de la manifestación de las mismas, la objeción de conciencia es un derecho llamado a operar en el plano de las conductas (Díez-Picazo, 2003).

Asumiendo que el texto constitucional no reconoce un derecho a la objeción de conciencia (más allá del previsto en el art. 30.2 CE) no obsta que el legislador la prevea en determinadas circunstancias. Así, la LO 2/1997, 2 de junio, regula la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. En vir-

#### Conflictos de conciencia en la empresa

Cada vez son más los supuestos en los que la conciencia individual del trabajador tropieza con las tareas encomendadas y con las exigencias de la organización empresarial.

tud de esta norma, se les reconoce la posibilidad de negarse a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación (art. 3). Además, en virtud de dicha cláusula, tienen el derecho a solicitar la extinción indemnizada de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica; o bien, cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador.

Para comprender adecuadamente esta regla, debe tenerse en cuenta que en virtud del art. 50 ET, los trabajadores por cuenta ajena que no sean profesionales de la información únicamente pueden solicitar la resolución indemnizada de su contrato de trabajo si se da alguna de estas circunstancias:

- a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo que al respecto establece el Estatuto de los trabajadores y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.
- b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.
- c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos de modificación geográfica y sustancial previstos en el Estatuto de los trabajadores cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.

Ahora bien, según la STC 199/1999 no cabe invocar la cláusula conciencia cuando no se acredite un desvío del medio de comunicación social respecto de su línea ideológica originaria y cuando no quede objetivamente afectada la transmisión de información relevante para la formación de la opinión pública (en el caso enjuiciado, las tareas del trabajador no lo está, pues se ocupa del maquetado del periódico según las instrucciones recibidas de la Redacción).

En cambio, tal y como resuelve la STC 225/2002, un cambio ideológico sobrevenido en la dirección de la empresa (un periódico) es un motivo suficiente como para justificar que el trabajador (subdirector) paralice su actividad profesional y, a continuación, solicite la extinción indemnizada del contrato de trabajo (STC 225/2002).

#### **Cláusula de conciencia médica**

En cambio, la posibilidad de invocar la cláusula de conciencia médica (en relación al aborto; o bien, a la práctica de determinadas pruebas a mujeres embarazadas que dan lugar al llamado 'consejo genético' –y que pueden originar que la mujer embarazada decida abortar; o bien, la prescripción de la píldora postcoital) parece haber quedado restringida a partir de las SSTC 160/1987 y 161/1987– aunque en algún pronunciamiento judicial se haya reconocido a determinado personal sanitario (en concreto, a ATS), STSJ Baleares 13 de febrero 1998.

#### **Periodistas y la cláusula de conciencia**

La LO 2/1997, 2 de junio, regula la cláusula de conciencia de los profesionales de la información.

### 4.2.3. Las empresas de tendencia

Las empresas de tendencia son instrumentos del ejercicio colectivo de la libertad ideológica, cuyo objeto es la propagación de sus convicciones o planteamientos, y cuyo respaldo jurídico viene dado por el principio pluralista, proclamado en el art. 1 CE (Hidalgo Rúa, 1997; Blat Gimeno, 1986).

Teniendo en cuenta que las ideas y creencias tienden a ser supraindividuales y sólo en este plano supraindividual adquieren pleno sentido, es éste un derecho fundamental del que también pueden ser titulares los grupos y personas jurídicas (Díez-Picazo, 2003).

En las empresas de tendencia o ideológicas<sup>2</sup> frente a la libertad individual, aparece la libertad del empleador a manifestar y difundir públicamente una determinada concepción ideológica. Elemento este último –el de propagar ideas o creencias– esencial para poder calificar como tal a una organización productiva. Lo que justifica la penetración de su ideología en el contrato de trabajo (Blat Gimeno, 1986). Y, en definitiva, puede erigirse en un límite legítimo al ejercicio del derecho fundamental de expresión del trabajador y de defensa de sus propias ideas (Rodríguez-Piñero, 2003). El conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa adquiere en la organización ideológica se presenta de un modo distinto a como lo hace en la empresa común (Tárrega Poveda, 2002)

#### Empresas de tendencia

No existe una definición legal del concepto "empresa de tendencia". Ejemplos de empresas de tendencia son: partidos políticos, sindicatos, la Iglesia católica y demás confesiones religiosas, etc. En cambio, existe un cierto debate doctrinal respecto a la posibilidad de calificar como tales a las empresas informativas, o bien, a los centros educativos privados.

En cualquier caso, no deben calificarse como tal las empresas filiales cuya titularidad corresponda claramente a un sujeto de tendencia pero cuya actividad social tenga carácter exclusivamente económico (Álvarez Alonso, 2003). Así, según la STC 106/1999 un hospital titularidad de una entidad de carácter religioso no puede calificarse como una empresa de tendencia.

Aunque en un primer nivel de análisis pueda entenderse que en las empresas de tendencia se requiera una cierta **uniformidad ideológica interna** y, por consiguiente, se presuponga la adhesión del trabajador a la ideología o concepción de la organización, esta afirmación sólo es predicable respecto de las prestaciones intrínsecamente conectadas con la tendencia de la organización (**tarear ideológicas**); no siendo, exportable, a las denominadas como **tarear neutras** (alejadas de las concepciones ideológicas de la empresa). Por lo tanto, no es preciso que todos los trabajadores se adhieran a la concepción de la organización. O, dicho de otro modo, la colisión nace en aquellos cometidos en los que el trabajador debe manifestar las convicciones ideológicas de la organización.

#### Empresas de tendencia

Son empresas que tienen por objeto la defensa, comunicación y promoción de determinadas ideas en los diferentes ámbitos de la sociedad, ante formaciones sociales difusoras de ideología (del Rey Guanter, 1992).

<sup>(2)</sup>*Tendenzbetrieb*, en la denominación germánica de la procede.

#### Empresas de tendencia y relación precontractual

En las empresas de tendencia se admite que el empresario efectúe indagaciones sobre el perfil ideológico del trabajador antes de ser contratado. No obstante, cualquier investigación que exceda de cuantos aspectos ideológicos no estén íntimamente relacionados con la prestación a desarrollar, deben ser calificados como ilícitos.

Teniendo en cuenta este contexto, es fácil advertir la existencia de posible conflictos. Debiéndose trata de conciliar los requerimientos organizativos de las empresas de tendencia con los derechos fundamentales de sus trabajadores. Se plantean las siguientes situaciones.

### **El empresario, ¿puede prohibir al trabajador que adopte comportamientos contrarios a las directrices ideológicas de la organización?**

El empresario en el ejercicio de su facultad de dirección y control está facultado para incidir sobre el contenido ideológico de la prestación laboral del trabajador. De modo que éste puede verse impelido a exteriorizar públicamente determinadas concepciones; quedando limitada su libertad ideológica, por ejemplo, al no poder efectuar ciertas manifestaciones (y, en especial, las que no se alineen con las propagadas por la empresa).

Lo que no debe interpretarse como una anulación de la libertad ideológica del trabajador. De hecho, se entiende (STC 47/1985) que "una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de 'ataque abierto o solapado' al ideario del centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario. Pero el respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el art. 16 implica, asimismo, que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del centro".

Pronunciamiento que debe contextualizarse en el marco definido por la STC 5/1981, al afirmar que "la existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél. La virtualidad limitante del ideario será, sin duda, mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios".

Fuera de estos supuestos (es decir, en los centros desprovistos de ideario), la **libertad de cátedra** de los profesores habilita a resistir cualquier mandato de dar a la enseñanza impartida por los profesores una orientación ideológica determinada, o más exactamente, con contenido positivo, es una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función (ATC 42/1992; y SSTC 5/1981, 217/1992 y 212/1993).

#### **Libertad ideológica y empresas de tendencia**

A pesar de que la libertad ideológica es un derecho que en el ámbito del contrato de trabajo tiene preeminencia con respecto a la libertad de empresa, este planteamiento puede ceder en las denominadas empresas de tendencia.

## **El empresario, ¿puede recriminar al trabajador determinadas conductas extralaborales por entender que son contrarias a la ideología de la empresa?**

Teniendo en cuenta que determinadas conductas extralaborales del trabajador puedan hacer peligrar, por su publicidad o relevancia externa, la credibilidad del mensaje difundido por la organización, es posible que se le exija conservar en su actividad privada, pública y conocida, los aspectos ideológicos necesarios para el correcto desarrollo de la prestación laboral.

No obstante, en cada caso concreto deberá procederse a una valoración individualizada, teniendo en cuenta la conducta del trabajador así como la naturaleza de la organización productiva. Así, por ejemplo, para la STSJ Galicia 17 de julio 2008, la orientación sexual o la afiliación política de una trabajadora (redactora) de una emisora de radio religiosa no son elementos suficientes para justificar la extinción de su contrato.

De todos modos, ésta es una cuestión directamente vinculada con el derecho a la intimidad del trabajador. Y, como se analizará, deberá evaluarse si la información ha sido obtenida lícitamente por parte del empresario.

### **4.3. Derecho a la libertad de expresión e información**

El ordenamiento laboral no prevé ninguna norma específicamente referida a la libertad de expresión e información de los trabajadores (salvo el art. 68 d TRLET, dirigido a sus representantes). La libertad de información y expresión no está reconocida en el ET como un "derecho laboral".

Art. 68 TRLET: "Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: d) Expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa".

Por lo que debe acudir al régimen jurídico general y, concretamente, a lo previsto en el art. 20 CE.

#### **Rasgos generales de la libertad de expresión e información**

- **Libertad de expresión.** Comprende la manifestación de pensamientos, juicios de valor, opiniones e incluso críticas; cuyo límite es el derecho al honor y la intimidad (como por ejemplo, frases y expresiones ultrajantes u ofensivas).
- **Libertad de información.** Difusión de noticias o hechos noticiables; cuyo límite es la veracidad de tales hechos o bien el deber de diligencia en la obtención de los mismos (STC 6/1988).

Según la STC 56/2008, "nuestra jurisprudencia viene distinguiendo entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues, mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término 'información', en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo *veraz*".

**STC 56/2008**

"En los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos."

El ejercicio del derecho a las libertades de expresión y de información debe ponderarse con el derecho al honor del afectado por la información. Circunstancia que describe un estado de conflicto permanente, lo que exige la búsqueda de un equilibrio entre los derechos y sus posibles limitaciones a la luz de las circunstancias concurrentes.

No parece que el trabajador sea el centro de atención del art. 20 CE, especialmente porque se trata de un precepto formalmente muy distante del mundo laboral –más vinculado a los medios de comunicación o de difusión (García Murcia, 2003).

La función del art. 20 CE es la formación de una opinión pública libre y plural, como elemento imprescindible de una sociedad democrática. El principal destinatario del art. 20 CE es el poder público, estando obligado a respetar y garantizar el ejercicio de este derecho.

De todos modos, aunque no exista una norma laboral que expresamente lo recoja, es evidente que se trata de un derecho que tiene el trabajador como ciudadano y que puede ejercitarlo en el ámbito de las relaciones laborales. De hecho, es claro que ostenta una función reivindicativa en tanto que puede emplearse para defender intereses laborales (Rodríguez-Piñero, 2003). Paralelamente, como hemos analizado, el empresario debe tolerar y respetar las eventuales manifestaciones del trabajador, así como su libertad ideológica y creencias.

No obstante, no parece que pueda afirmarse que el trabajador dentro de la empresa pueda utilizar estas libertades de forma general, sin una causa o motivo específico. De hecho, no tiene derecho a opinar o transmitir información sobre su ámbito de trabajo, ni difundir públicamente cuestiones relativas a la empresa. Por ello, puede entenderse que el ejercicio de las libertades de expresión e información queda causalizado, esto es, condicionado a la existencia de alguna circunstancia habilitante. Debiéndose admitir en el caso de que afecte a tres posibles intereses (García Murcia, 2003):

- Intereses individuales.
- Intereses de dimensión colectiva.
- Intereses generales o de dimensión pública (como, por ejemplo, alertar de aspectos noticiables para la colectividad).

Eso sí, siempre que el ejercicio de estas libertades respete las limitaciones derivadas del propio art. 20.1.a CE (veracidad, hecho noticiable, honor, protección de intereses legítimos); así como las específicas derivadas de la propia estructura del contrato de trabajo –deber de buena fe y lealtad contractual; la buena imagen y prestigio de la empresa; el deber de consulta o sigilo (García Murcia, 2003; Rodríguez-Piñero, 2003).

En cuanto al **deber de sigilo**, la STC 213/2002 ha manifestado que no es ilimitado ni recae sobre cualquier materia, sino sólo sobre las específicamente citadas en el art. 65.2 TRLET.

"Los miembros del comité de empresa y éste en su conjunto, así como en su caso los expertos que les asistan, deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado".

En este sentido, el TC ha entendido que el conocimiento por parte de un representante sindical de un informe elaborado por la empresa sobre el absentismo laboral (no calificado como confidencial y que tiene un indudable interés para los intereses de los trabajadores) y su posterior difusión a los miembros del sindicato y a los medios de comunicación, no sobrepasa irrazonablemente su función representativa ni transgrede las exigencias de la buena fe contractual inherente a su relación laboral (STC 213/2002).

Teniendo en cuenta estas premisas, cabe plantearse las siguientes situaciones conflictivas que tratamos a continuación.

#### **4.3.1. ¿El trabajador tiene un derecho a criticar a la empresa o a la gestión del empresario?**

La subordinación del trabajador a los poderes empresariales no obsta que pueda expresar sus opiniones, incluso, en sentido crítico. En cualquier caso, debe exigirse el respeto a los límites generales, como el honor y la buena imagen (tanto en el fondo como en la forma).

Como ha manifestado la STC 6/2000, entre otras, "la libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige, pues 'así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe 'sociedad democrática'".

Ahora bien, "lo que no reconoce el art. 20.1 a) CE es un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la norma fundamental". Debiéndose añadir que existe un "condicionamiento" o "límite adicional" en el ejercicio

del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo" (STC 106/1996).

### **Deber de buena fe**

Así, como manifestación del deber de buena fe, el TC se ha referido, por ejemplo, al deber de secreto respecto de determinados datos de empresa que pueden quedar excluidos del conocimiento público, aunque no resulte ilimitado (STC 213/2002); o al desarrollo de la prestación del trabajo en empresas de tendencia ideológica (SSTC 47/1985 y 106/1996); y ha precisado también que los derechos fundamentales del trabajador no sirven incondicionalmente para imponer modificaciones contractuales (STC 19/1985) ni para el incumplimiento de los deberes laborales (STC 129/1989).

De todos modos, el ámbito de la **libertad sindical** presenta unos perfiles propios. Así, se ha considerado que el empleo de un lenguaje "duro y agresivo" "no resulta inusual en manifestaciones de esta naturaleza, especialmente en situaciones de tensión y de conflicto". Considerándose que el empleo de determinados calificativos no pueden catalogarse "como formalmente ofensivos o vejatorios, expresivos así del necesario *animus iniuriandi* de quien los utiliza, sino más bien reflejo de un lenguaje que ha venido utilizándose habitualmente en la práctica sindical, utilizado por los trabajadores y sus representantes más contra la empresa como entidad empleadora que contra alguna persona determinada, que por la propia naturaleza de los conflictos que aquí se dilucidan debe ser tolerable en este ámbito de las relaciones laborales colectivas" (STC 198/2004).

En virtud de todo ello, del análisis de la jurisprudencia constitucional se observa que el trabajador puede realizar críticas frente a decisiones concretas de la empresa, basándose en sus intereses personales. Por ejemplo, la denegación de autorización al redactor de un periódico –con dedicación exclusiva– para que siga participando en un programa de televisión tras haber criticado a su empresa –un diario– en relación con su posicionamiento en el transcurso de una huelga general, debe calificarse como una vulneración de su libertad de expresión (STC 125/2007). Y el despido disciplinario de una auxiliar de clínica, por la publicación en un diario de una carta firmada por su marido en la que se critica a la Gerencia y Dirección del Hospital, supone asimismo una vulneración de su libertad de expresión (STC 153/2000). Críticas que también se han sido aceptadas atendiendo a la existencia de una situación especial en la organización productiva (como, por ejemplo, el fallecimiento de unos compañeros en accidente de trabajo, STC 56/2008; la existencia de un conflicto, SSTC 108/2008, 227/2006, 151/2004 y 106/1996; o bien, la falta de ocupación del trabajador, STC 204/1997).

También se ha admitido la posibilidad de que el trabajador manifieste su opinión cuando concurre un interés público. Como, por ejemplo, cuando concurre un hecho de notoriedad (declaraciones efectuadas por un futbolista a medios de comunicación, manifestando su descontento con el desarrollo de su relación contractual, STC 6/1995); o bien, si está referido a un servicio público (críticas efectuadas en la televisión por parte del jefe clínico en relación con el funcionamiento del centro psiquiátrico donde trabaja, STC 88/1985).

En otras ocasiones, la naturaleza de la empresa ha sido un elemento tenido en cuenta para admitir el derecho del trabajador a manifestar una crítica respecto del funcionamiento de la empresa (críticas efectuadas en la junta general de accionistas de una entidad bancaria por un trabajador que, a su vez, es accio-

nista, STC 20/2002); o bien, por la proyección pública de alguno de sus miembros (artículo de opinión escrito por un catedrático sobre un tema universitario de interés público, que critica al rector sin insultarlo, STC 101/2003).

Y dentro de la corrección exigida, parece que la crítica tiene mayor legitimidad si proviene de los representantes de los trabajadores, especialmente, porque "nada se opone a que un sindicato sea titular del derecho a la libertad de expresión, y pueda ejercerlo en el contexto de la libertad sindical" (STC 160/2003). Asumiendo esta premisa, se admiten como lícitas las críticas políticas en rueda de prensa sobre el trato de favor dado por la Diputación provincial a una empresa, para el suministro de semen de vacuno, que no tiene necesariamente un efecto reflejo sobre su reputación (STC 160/2003). Así como las declaraciones efectuadas por un delegado sindical a la prensa, criticando a una empresa de limpieza municipal (STC 185/2003).

De hecho, se entiende que la Constitución ampara las críticas legítimas en asuntos de interés público, y no sólo aquellas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen. Además, cuando la crítica se refiere a las personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, son más amplios los límites permisibles de la crítica (STC 160/2003).

En definitiva, puede observarse como cada situación exige un análisis pormenorizado de las circunstancias concurrentes.

#### **4.3.2. ¿Tiene el trabajador un derecho de denuncia de la situación de la empresa o de la actividad del empresario?**

La denuncia de irregularidades en el seno de la empresa presenta muchas variables en función del escenario en el que se producen. Así, no es lo mismo que éstas se produzcan cuando concurre un interés de dimensión pública o un hecho delictivo, o bien cuando quien las efectúa es un representante de los trabajadores; o bien, si se trata de una empresa privada o de la Administración. Ni tampoco si la comunicación se canaliza a nivel interno o externo y, en este último caso, si se difunde a través de los medios de comunicación o no. Teniendo en cuenta estas premisas, es fácil advertir que, en este caso también, la casuística es ciertamente numerosa:

Así, se ha admitido como lícita una carta firmada por los trabajadores manifestando sus quejas y malestar por el funcionamiento de la empresa (STC 181/2006); o bien, una comunicación interna en la que se denuncian las irregularidades existentes en una entidad bancaria al transportarse el dinero entre oficinas (STC 90/1999).

También se han admitido como lícitas las manifestaciones que han tenido una proyección más allá del ámbito interno de la empresa, con respecto a los "clientes" (reunión de profesores con unos padres de alumnos fuera de la escuela, con el objeto de denunciar la situación del centro educativo, STC 227/2006; o carta dirigida a los profesores de centros educativos sobre la existencia de unas condiciones adecuadas de una piscina municipal, STC 186/1996; o una carta dirigida a los medios de comunicación sobre la existencia de un conflicto en la universidad, STC 151/2004).

Tampoco han merecido reprobación alguna las denuncias manifestadas externamente en las que se distribuyen anuncios en prensa y comunicados a clientes de una empresa hotelera en los que se la critica y se anuncian movilizaciones (STC 198/2004); o bien, la exposición de la denuncia ante los medios de comunicación (de un inspector de vuelo sobre la ausencia de medidas de seguridad en aviones, STC 57/1999; o una sobre la existencia de filtraciones en un ministerio a favor de un medio de comunicación, STC 6/1988). En estos dos últimos supuestos, el interés público del asunto y su trascendencia para la opinión pública actúan como causa habilitante para el ejercicio por parte del trabajador del derecho a la información.

En cambio, no se ha admitido la denuncia efectuada por un funcionario de tráfico en la que internamente informa de la existencia de irregularidades en la práctica de los exámenes para la obtención del permiso de conducir; especialmente, porque en opinión del TC se emplearon manifestaciones despectivas e injuriosas (STC 6/2000). Ni tampoco, la comunicación a los medios de comunicación de la ausencia de medidas de seguridad en una fábrica de explosivos cercana a una población y la consiguiente situación de riesgo y peligro (STC 126/2003).

#### **4.3.3. ¿Puede emplearse la libertad de expresión como medida de presión y de conflicto colectivo?**

En ocasiones, la libertad de expresión e información está estrechamente vinculada a situaciones de conflicto colectivo, bien porque determinadas opiniones o informaciones pueden ser el origen del propio conflicto, o bien como mecanismo de apoyo a las pretensiones de los trabajadores.

En términos generales, puede afirmarse que la situación de conflicto puede actuar como factor de justificación de la manifestación de opinión o de difusión de informaciones; siempre, claro está, que concurra un interés digno de tutela y que se respeten los intereses legítimos afectados. En estos casos, está más

#### **Denuncia externa de irregularidades**

En términos generales, podemos afirmar que la relevancia pública de la información es un elemento que puede justificar la denuncia externa de irregularidades, debiéndose proceder con corrección y la información debe ser veraz o suficientemente contrastada.

justificada la transmisión de información, la crítica y la utilización de medios de comunicación externos (relajándose los deberes de buena fe), así como los deberes específicos del representante (como el deber de sigilo); pues, en estos casos, el representante "goza de un 'especial reforzamiento' en la protección frente a un acto discriminatorio" (STC 1/1998).

La jurisprudencia del TC al respecto, ha sufrido una evolución desde posiciones más restrictivas a planteamientos más permisivos:

- Así, en un primer estadio, se estima que la comunicación a padres y alumnos de una escuela de determinadas irregularidades y de la actuación de la empresa durante una huelga no está justificada, por cuanto que es desproporcionada y causa un desprestigio a la empresa (STC 120/1983).
- En casos posteriores, el TC mostrará una mayor permisividad. Evidencia de este cambio de tendencia lo encontramos en un caso en el que la transmisión de información (por cierto, errónea) por parte de un trabajador a determinados medios de comunicación, relativa al número de horas extraordinarias efectuadas por una empresa de transporte (Metro), se estima legítima, especialmente por el interés público que dicha información tenía (STC 4/1996). En términos similares, la denuncia efectuada por el presidente del comité de una empresa concesionaria del servicio de transporte municipal, aconsejando a la Administración la rescisión de la concesión, también se considera legítima (STC 1/1998). Y en la misma línea, el despido de un delegado sindical por distribuir anuncios en prensa y comunicados a clientes de la empresa hotelera, criticándola, anunciando movilizaciones y haciendo un llamamiento al boicot, es calificado como una lesión de sus derechos fundamentales de información y de expresión en el ejercicio de su libertad sindical. Especialmente, porque el demandante participó en acciones de comunicación que se refieren estrictamente al contenido de las reivindicaciones sostenidas por los trabajadores en su conflicto con la empresa (STC 198/2004). En términos similares, el despido de un delegado sindical, motivado por una reunión no autorizada con los clientes de la empresa de enseñanza (padres de alumnos), divulgando la conflictividad laboral interna y criticándola, también es calificado como injustificado (STC 227/2006).

No obstante, este criterio también ha sufrido algunas matizaciones. Por ejemplo, en virtud de la STEDH, 12 de septiembre del 2011, puede entenderse que el contexto de conflicto colectivo no justifica caricaturas y expresiones soeces, debiéndose calificar como un atentado a la honorabilidad de las personas y justificando la imposición de sanciones severas, máxime cuando no constituían una reacción instantánea e irreflexiva en un intercambio verbal rápido y espontáneo, propio de los excesos verbales. Se trataba, por el contrario, de aseveraciones por escrito, publicadas con total lucidez y expuestas públicamente en la sede de la empresa.

#### **Libertad de expresión e información y conflicto colectivo**

La posibilidad de emplear la libertad de expresión y de información en el transcurso de un conflicto colectivo ha sufrido una evolución por parte del TC, existiendo hoy más permisividad que en un primer estadio.

#### 4.4. Derecho a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la autodeterminación informativa

El art. 18.1 CE garantiza el derecho a "la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". Y la normativa laboral, por su parte, manifiesta una cierta sensibilización por la tutela de la intimidad del trabajador.

En concreto, el art. 4.2.e TRLET reconoce el derecho de los trabajadores "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo".

El art. 20.3 TRLET establece que "el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso".

Y, el art. 37.2 Ley 62/2003 establece que "los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad".

Como afirma la STC 231/1988, el derecho a la intimidad garantiza "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana" (ver también STC 115/2000). Y lo cierto es que la intimidad tiene muy variadas manifestaciones, todas ellas ligadas a la dignidad humana (Sagardoy Bengoechea, 2005).

La intimidad se proyecta a los siguientes campos. Intimidad personal corporal o física, intimidad personal psíquica, intimidad personal económica, intimidad personal social y profesional; intimidad personal informática, intimidad personal ideológica y religiosa, intimidad personal sexual y de hábitos y costumbres, intimidad personal de la comunicación con otras personas; intimidad personal sindical (Sagardoy Bengoechea, 2005).

Por otra parte, debe tenerse presente que "el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos" (STC 142/1993).

De todos modos, con el objeto de identificar todos los elementos en conflicto, conviene tener en cuenta que el contenido del derecho a la intimidad queda intrínsecamente delimitado por su propio titular, en tanto que tiene la facultad para determinar qué esferas de su privacidad personal y familiar quedan sustraídas al conocimiento de otras personas (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

El derecho a la propia imagen es un derecho diferenciado del derecho a la intimidad (aunque pueden resultar lesionados simultáneamente). Según la STC 81/2001, lo específico de la propia imagen es la protección frente a las repro-

##### Desarrollo del art. 18.1 CE

La Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen ha desarrollado el contenido del art. 18.1 CE; y la Ley Orgánica 15/1999, 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

##### El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se identifica con el "derecho a ser dejado en paz", es decir, el derecho "a aislarse, a ser desconocido, de que los demás no sepan ni indaguen lo que somos o lo que hacemos, o incluso, lo que pensamos y creemos, lo que se conecta a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia" (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

ducciones de la misma, que afectando a la esfera personal, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, pero no íntimo".

Como hemos analizado con anterioridad, la celebración de un contrato de trabajo coloca al trabajador bajo el ámbito de organización y dirección del empresario. Y el desarrollo del contrato de trabajo requiere, por un lado, un grado de vigilancia y control sobre la conducta del asalariado; y, por otro, el conocimiento por parte de la empresa de una serie de datos personales (Rodríguez-Piñero, 2004). En este contexto, es evidente que "en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores" (STC 98/2000).

Lo cierto es que la aplicación de las tecnologías de la información y de la comunicación en el control de la actividad de los trabajadores ha incrementado notablemente la amenaza que pende sobre este derecho fundamental.

De todos modos, aunque es el empresario el sujeto con mayor propensión a lesionar este derecho fundamental, por su propia posición en la estructura del contrato, conviene advertir que no es el único, pues otros sujetos implicados en la relación de trabajo pueden ser potenciales agresores (como, por ejemplo, compañeros o incluso, clientes). En definitiva, éste es un campo abonado para el conflicto, sumamente alambicado y en el que los hechos circunstanciales y los matices adquieren una importancia capital.

Teniendo en cuenta que las manifestaciones de la intimidad son múltiples, las conductas potencialmente atentatorias por parte del empresario también son variadas. A continuación, trataremos de sintetizarlas a través de las siguientes situaciones.

#### 4.4.1. El empresario, ¿está facultado para imponer o cambiar la apariencia externa del trabajador?

La apariencia externa es una de las manifestaciones de la intimidad protegida en el art. 18.1 CE, pues el aspecto físico externo de una persona constituye el primer elemento configurador de la intimidad (STC 99/1994) - aunque se trata de una dimensión también vinculada al derecho a la propia imagen.

Es habitual la exigencia de una concreta manera de vestir, de peinarse o de maquillarse, quedando al aspirante al puesto de trabajo dos opciones: o renunciar al aspecto externo escogido por él, o conformarse con ser sistemáticamente discriminado en el proceso de contratación –o extinción (Agra Viforcós, 2006).

Tal y como ha manifestado el TC, existen actividades que de un modo necesario exigen una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de éstas. Y esto sucede especialmente con las actividades en contacto con el público o accesibles a él. En los casos en que esto

#### Art. 8.11 LISOS

"Son infracciones muy graves los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores".

#### Apariencia externa e interés empresarial

El empleo de *piercings*, pendientes, tamaño y longitud del cabello, utilización de barba, patillas, etc., son manifestaciones del desarrollo y fomento de la personalidad que pueden entrar en conflicto con los intereses del empresario.

También es conflictiva la obligación de vestir ropas de trabajo o equipos de protección personal, o bien la de presentar una "buena imagen".

ocurra, el TC ha entendido que el trabajador que acepta prestar tareas de esta índole no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) o de intimidad de ésta (STC 99/1994).

Por consiguiente, llegados a este punto, en cada caso concreto deberá tratarse de analizar si las tareas encomendadas al trabajador implican una necesaria restricción de su derecho, de modo que pueda entenderse que ha sido la propia manifestación de voluntad, expresada al celebrar el contrato, la que ha consentido la posibilidad al empresario de restringir su derecho legítimamente (STC 99/1994).

Así, parece ajustado que el empresario pueda exigir a sus trabajadores que lleven ropas de trabajo y equipos de protección, como una manifestación de la obligación empresarial de velar por la seguridad y salud de sus trabajadores.

En términos similares, en principio no parece que la exigencia de llevar un uniforme atente contra la intimidad de los trabajadores, pues es legítimo que el empresario quiera proyectar una determinada imagen corporativa. De todos modos, éste es un aspecto controvertido.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado que la obligación de las trabajadoras del AVE de llevar minifalda no suponía un atentado a su intimidad y honor (STS 23 de enero del 2001). En la misma línea, la STS 19 de abril del 2011 considera que la imposición en determinadas zonas de trabajo (servicios en planta y consultas externas de un centro hospitalario) de un uniforme consistente en falda, medias y delantal con peto y cofia no afecta a la dignidad de las trabajadoras o a su intimidad (al entender que "la utilización de la falda en dimensiones normales no solo está socialmente admitido como algo corriente, sino que incluso se vincula en ocasiones con tradicionales o históricas ideas de elegancia femenina"). No obstante, en este mismo pronunciamiento, se estima que tal imposición lesiona el derecho a la no discriminación por razón de sexo, al tratarse de una medida no justificada objetivamente con la que se "pretende proyectar hacia el exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual que el usuario pudiera percibir de los servicios sanitarios". Por otra parte, según la STSJ Cataluña 23 de julio del 2008, no es lesivo que la empresa decida el traslado de un vigilante de seguridad a otro centro de trabajo al negarse a llevar una gorra como parte del uniforme. Y, según la STC 170/1987, el despido de un camarero motivado por su negativa a rasurarse la barba no es lesivo de su derecho a la intimidad.

En cambio, para la STSJ Baleares 9 de septiembre 2002, la imposición de una sanción a un trabajador judío por el uso de la "kippa" durante la prestación de servicios (conductor de autobús), debe calificarse como injustificada, pues no consta que la conducta del trabajador cause un daño a la imagen de la empresa. En otro supuesto, la STSJ Madrid 7 de mayo 2002 declara que el despido de una trabajadora (operadora de telemarketing) motivado por llevar pantalones cortos y negarse reiteradamente a acomodar su indumentaria a las exigencias de la dirección, debe calificarse como lesivo de su derecho fundamental (especialmente, porque no cabe imponer o rechazar sin más una determinada indumentaria, máxime cuando en el desarrollo de su labor el actor no tenía contacto con el público). Y finalmente, según la STC 99/1994, el hecho de que una empresa de embutidos despida a un trabajador por negarse a asistir a una feria a cortar jamón, alegando que no quiere que su imagen sea captada por los medios de comunicación que asistirán al acto, es un atentado contra sus derechos fundamentales.

#### 4.4.2. El empresario, ¿está facultado para registrar a sus empleados?

El empresario, según el ET, está facultado para registrar a la persona del trabajador, su taquilla y sus efectos personales sólo si se dan determinadas circunstancias y se respetan ciertas garantías. Cautelas lógicas, teniendo en cuenta que una facultad de registro empresarial se presta a abusos fáciles de cometer (Goñi Sein, 1988).

En concreto, el art. 18 TRLET establece que "sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos personales, cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa siempre que ello fuera posible".

En términos generales, la facultad del empresario sólo opera en el caso de que la medida vaya encaminada a proteger el patrimonio de la empresa (material o inmaterial) o de otros compañeros. El trabajador puede negarse al registro, aunque incurre en el riesgo de ser sancionado por ello por desobediencia (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

Los registros deben efectuarse sólo en el caso de que no existan otros medios menos intrusivos para alcanzar el objetivo propuesto; debiéndose llevar a cabo respetando la dignidad del trabajador y, en la medida de lo posible, sobre trabajadores elegidos aleatoriamente, mediante mecanismos automáticos y con la mayor discreción posible –tratando de evitar su trascendencia (Goñi Sein, 1988; Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

Respecto de los bienes del empresario puestos a disposición del trabajador, se plantea un conflicto, pues mientras que no cabe duda que son propiedad del empleador y que están destinados a la actividad productiva, en paralelo, cabe la posibilidad de que se haya creado un espacio de intimidad por parte del trabajador.

##### Efectos personales

No se consideran como "efectos personales", los papeles y documentos que puedan estar en la mesa del trabajador (STSJ Cantabria 16 de enero 2001); ni tampoco el dietario suministrado por la empresa que el trabajador ha dejado a la vista de todo el mundo (STSJ País Vasco 27 de marzo 2001). En cambio, el registro de los cajones de una mesa debe sujetarse a los requisitos establecidos en el art. 18 TRLET (STSJ Castilla-La Mancha 16 de septiembre 1999); así como los vehículos a motor que se encuentran en la empresa (STS 11 de junio 1990); y el registro de bolsas que lleva el trabajador (STS 28 de junio 1990).

No obstante, en la STSJ Asturias, 4 de junio del 2010, se entiende que el registro individualizado de los bolsos personales y las bolsas de compra de los trabajadores de un supermercado al finalizar la jornada para comprobar si han sustraído productos del mismo sin abonarlos no debe calificarse como intrusivo. Concretamente, porque supera el juicio de idoneidad, pues dicho control no solo es idóneo, sino que es la única medida con que la empresa cuenta para cerciorarse de que no se sustraen productos sin abonarlos. En segundo lugar, también cumple el requisito de necesidad, pues no existe otra medida menos gravosa para la intimidad para comprobar esos hechos. Y finalmente, cumple el juicio de proporcionalidad, pues con ella se está tratando de proteger el patrimonio empresarial frente a posibles sustracciones.

##### Límites al registro por parte del empresario

El registro efectuado por el empresario exige la presencia de un indicio, sin que sean admisibles los que tengan una naturaleza meramente preventiva. Debiéndose rechazar el recurso a la fuerza física.

Un supuesto especialmente conflictivo (y de gran trascendencia) es el relativo al registro del ordenador propiedad de la empresa puesto a disposición del trabajador. La STS 26 de septiembre 2007 ha tratado de delimitar las siguientes reglas al respecto:

- El registro del ordenador no puede regirse por el art. 18 TRLET, porque no puede calificarse como un "efecto personal" (es propiedad de la empresa).
- El empresario está facultado para monitorizar el uso del ordenador de acuerdo con la facultad de vigilancia y control que ostenta (art. 20.3 TRLET).
- La intimidad y secreto de las comunicaciones protegen el contenido de los archivos o comunicaciones personales, así como la navegación (aunque el ordenador carezca de clave personal de acceso).
- La empresa debe advertir al trabajador de cómo va a fiscalizar su uso (a través de la difusión de una política de uso de las herramientas informáticas).
- La empresa puede acceder al disco duro del ordenador del empleado y seguir su navegación, siempre que haya destruido previa y claramente cualquier expectativa de intimidad.

No obstante, con posterioridad se ha producido un endurecimiento notable de la doctrina jurisprudencial. En efecto, en virtud de la STS 6 de octubre 2011, la instalación en un ordenador de un programa espía con el objeto de controlar su utilización por parte de los trabajadores, no vulnera su derecho a la intimidad cuando la empresa ha prohibido de forma absoluta su uso personal por parte de los trabajadores. En opinión del Tribunal Supremo, al no existir una tolerancia con un uso de esta naturaleza, tampoco existe una "expectativa razonable de intimidad, y por ende un exceso de control que vulnere tal derecho".

En concreto, del contenido de la citada sentencia se desprende lo siguiente (San Martín Mazzucconi y Sempere Navarro, 2012):

- Las prohibiciones absolutas del uso personal de las herramientas informáticas son válidas.
- Si existe una prohibición absoluta de uso personal, no hay margen de tolerancia y, por tanto, tampoco hay expectativa de intimidad.
- La prohibición de uso personal de las herramientas informáticas lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador.

Si el control se efectúa a distancia, es decir, a través de aplicaciones informáticas que permitan un control remoto, es más difícil que se produzcan intromisiones en el ámbito de la intimidad del trabajador (aunque no se debe descartar). Lo que no quita que también se exija que la medida sea proporcional.

Ahora bien, aunque la intimidad del trabajador pueda verse resguardada, cabe la posibilidad de que a través de estos mecanismos se vulnere su 'libertad informática' (ver a continuación).

#### 4.4.3. ¿Qué puede hacer el empresario con los datos personales que tiene del trabajador?

A lo largo de toda la relación contractual (e incluso antes de empezar, mediante, por ejemplo, la realización de test de personalidad durante el proceso de selección), el trabajador debe facilitar al empresario una serie de datos personales (afiliación a la Seguridad Social, datos relativos a la carrera profesional, circunstancias vinculadas a la maternidad, etc.).

La búsqueda de un equilibrio que permita compatibilizar esta realidad con el derecho a la intimidad del trabajador es una labor absolutamente necesaria. Especialmente, porque, según el art. 7.4 LO 1/1982, "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela" debe calificarse como una intromisión ilegítima.

El TC ha afirmado que, "el que un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta" (STC 143/1994).

En estos supuestos, como ha manifestado el TC, no sólo está en juego el honor y la intimidad, sino también el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (STC 254/1993).

De hecho, el propio art. 18.4 CE establece que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Así pues, pueden diferenciarse dos ámbitos de protección. Por un lado, la garantía de la intimidad, que adopta un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. Y, por otro lado, la llamada 'libertad informática' que confiere el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático –*habeas data* (STC 254/1993).

Distinción relevante, por cuanto que mientras que el derecho a la intimidad se protege desde la propia abstención de los sujetos que eventualmente pueden lesionar el derecho, la tutela informática requiere, además, la adecuación de su comportamiento con una acción concreta: suprimir datos, modificarlos, restringir su uso, emplearlos para fines legítimos, etc. (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

#### Desarrollo tecnológico y el derecho a la intimidad

El desarrollo tecnológico y la generalización de los instrumentos informáticos, si bien proporcionan enormes ventajas para la actividad empresarial, también han implicado un aumento exponencial de la capacidad de acumulación y tratamiento de estos datos, incrementando la amenaza sobre los derechos fundamentales.

Aunque no es una norma específicamente laboral, el principal instrumento de protección al respecto es la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos (en adelante, LOPD). Esta ley prevé, a grandes rasgos, dos mecanismos de protección:

- En primer lugar, que no se proceda a una recolección de datos excesivos, en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido; y que la misma se efectúe durante el tiempo imprescindible para ello (apartados 1, 2 y 5 art. 4 LOPD).

De todos modos, según el art. 7.1 LOPD no puede obligarse al ciudadano –trabajador– a prestar datos de sensibilidad máxima, como los relativos a sus creencias, ideología, religión; exigiéndose su consentimiento expreso y por escrito.

Según la STC 94/1998 "ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita y, en consecuencia, [se] prohíbe tajantemente el uso de los datos para finalidades distintas de las que motivaron su recogida".

- Y en segundo lugar, exige el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa (art. 6.1 LOPD). Y en relación a estas excepciones, es importante advertir que la aplicación de esta garantía en el ámbito del contrato de trabajo resulta difícil, pues, el art. 6.2 LOPD establece que el consentimiento no es preceptivo, "cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento". Ahora bien, como ha afirmado la doctrina laboral (Sagardoy Bengoechea, 2005), "una cosa es que en determinadas circunstancias el empresario quede eximido de requerir el consentimiento del trabajador, y otra muy distinta es que éste desconozca la existencia de un fichero de datos y el tratamiento que se está haciendo de los mismos".

### **Principio de autodeterminación informativa**

De hecho, el art. 5.4 LOPD consagra el *principio de autodeterminación informativa*, en virtud del cual el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos (salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad), deberá informarle previamente de modo expreso, preciso e inequívoco sobre el contenido del tratamiento y la procedencia de los datos y de los siguientes extremos:

- de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información;
- de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y
- de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Teniendo en cuenta estos criterios, el TC ha entendido que el tratamiento y conservación en un soporte informático de los datos atinentes a la salud de los trabajadores (en una base de datos titulada "absentismo con baja médica", en la que figuran los diagnósticos de las enfermedades que dieron origen a una situación de baja laboral por incapacidad temporal), prescindiendo de

#### **LOPD**

La LOPD constituye la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

su consentimiento expreso, ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada, que conculca el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información (STC 202/1999).

En otro supuesto, en cambio, la utilización del nombre del trabajador por parte de la empresa en el tique de venta, sin un fin publicitario comercial o de naturaleza análoga, sino con el objeto de dar a conocer al cliente la identidad del trabajador que intervino en la operación mercantil, no debe calificarse como un atentado a su intimidad –especialmente, porque no se ofrece una imagen de cualesquiera otros de los aspectos vinculados a la intimidad como el domicilio, edad o el estado civil (STS 18 de diciembre 2006).

Y la publicidad del censo laboral de la empresa para facilitar la actividad sindical en el proceso electoral tampoco lo lesiona (STS, 27 de septiembre del 2007); ni la exigencia empresarial de que el trabajador comunique el uso de los permisos establecidos para ejercitar su derecho al voto (STS, 13 de marzo del 2007).

#### **4.4.4. El empresario, ¿está facultado para controlar la actividad laboral de sus empleados?**

El art. 20.3 TRLET faculta al empresario para llevar a cabo, adoptando las medidas que estime oportunas, el control y la vigilancia **del cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales**.

No obstante, están prohibidos los denominados "controles de actividad", es decir, aquellos cuya finalidad es monitorizar el comportamiento del trabajador o de aspectos relacionados con su esfera de intimidad o de pensamiento.

La instalación de mecanismos de control (cámaras o micrófonos) en espacios dentro del centro de trabajo que no están destinados a ser lugar de trabajo (por ejemplo, aseos, vestuarios, duchas, etc.), en principio no está justificada, especialmente porque tales espacios pueden calificarse como una prolongación de la vida privada. De todos modos, conviene advertir que la intromisión empresarial también puede darse en el resto de espacios del centro de trabajo en los que el trabajador desempeña su actividad (STC 231/1988).

En este sentido, conviene recordar que los requerimientos organizativos de la empresa sólo justifican una restricción de los derechos y libertades fundamentales, en tanto que se aleguen motivos especialmente cualificados por razones de necesidad. De tal modo que, si el empresario pretende llevar a cabo una acción de este tipo, debe "acreditar que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra" –juicio de necesidad (STC 99/1994); y que la medida se ajusta al "juicio de proporcionalidad" (STC 29/2002).

#### **STC 186/2000**

"El empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 TRLET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo" (STC 186/2000).

Por ejemplo, la jurisprudencia (STS, 7 de marzo del 2007) ha entendido que no lesiona el derecho a la intimidad la exigencia de una entidad bancaria, manifestada en un Código de conducta (y derivada de la normativa específica al respecto), de que ciertos empleados, con real o posible información privilegiada, comuniquen las operaciones financieras realizadas por personas calificadas como "interpuestas" (cónyuge, hijos y pareja de hecho), porque, en la medida en que trata de evitar la existencia de un conflicto de intereses, supera sin dificultades los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Sin olvidar que, en términos generales, las facultades organizativas y de control atribuidas al empresario están limitadas, en primer lugar, por el principio de buena fe (STC 197/1998); y, en segundo lugar, por el propio contenido de los derechos y libertades fundamentales.

Un aspecto importante es que está **prohibido el control oculto**, esto es, el efectuado sin el conocimiento de los trabajadores (debiéndose comunicar su existencia –STC 186/2000), **salvo** que sea la **única vía** para satisfacer el interés empresarial. En cuyo caso se exige la acreditación suficiente de dicho interés (y su justificación) y de la existencia de indicios razonables acerca del incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales.

Según el art. 64.1 TRLET, "el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores". Y de acuerdo con el art. 64.5 TRLET, "el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre [...] f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo". Por consiguiente, parece que la legitimidad de las medidas de control que pueda llevar a cabo el empresario dependa de la comunicación previa a los representantes de los trabajadores acerca de las características del mecanismo de control instalado, el criterio de instalación, finalidad, conservación de los datos, etc. De todos modos, la doctrina judicial, en algunos casos, ha entendido que la falta de comunicación estaba justificada, pues su puesta en conocimiento podría haber frustrado la finalidad perseguida por el empresario (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

### **STC 186/2000**

La STC 186/2000 justifica la falta de comunicación a los representantes de los trabajadores y al propio trabajador por el "justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida".

Teniendo en cuenta estos elementos, se ha considerado como proporcionado que el empresario coloque una cámara para el seguimiento oculto de un cajero de un supermercado, al tener sospechas que está sustrayendo dinero de la caja (STC 186/2000). Especialmente, porque "la medida de instalación de

### **El control en la empresa**

El catálogo de instrumentos de control es ciertamente extenso (tarjetas mecánicas de entrada y salida, aparatos de escucha, cámaras de vigilancia, instalación de programas espía de seguimiento y grabación automatizada de las páginas web visitadas, etc.).

un circuito cerrado de televisión, que controlaba la zona donde el trabajador desempeñaba su actividad laboral, era una medida justificada, idónea, necesaria y equilibrada".

También se ha admitido como lícito la instalación de mecanismos de control horario por medio de la lectura biométrica de la mano (Auto Tribunal Constitucional 57/2007; y SSTSJ [C-A] Cantabria 10 de enero 2003; 14 de marzo 2003; y 28 de marzo 2003).

En concreto se afirma, "es obvio que el derecho a la intimidad corporal no protege frente a una actuación como la presentación de la mano a una máquina o escáner, pues no puede decirse que entre en colisión con el criterio de recato arraigado socialmente acerca de la parte del cuerpo humano afectada, cuyo empleo a fines de identificación tiene, por lo demás, una ya larga tradición en nuestro país, en el que la impresión dactilar está incorporada al documento nacional de identidad desde hace tiempo" (ATC 57/2007).

En cambio, la instalación de micrófonos que permiten grabar las conversaciones de trabajadores y clientes en dos zonas concretas de un casino (la caja y la ruleta francesa) es una medida desproporcionada para la finalidad perseguida por la empresa (incrementar la seguridad), pues, este "este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa" (STC 98/2000).

#### **4.4.5. El empresario, ¿puede interceptar las comunicaciones del trabajador a través del teléfono, el correo o el e-mail?**

A través del art. 18.3 CE se garantiza el secreto de las comunicaciones (y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas), salvo resolución judicial. Aunque no se haga mención expresa, debe entenderse que el correo electrónico queda al amparo del citado precepto, pues no deja de ser un sistema de comunicación personal.

El TC ha afirmado que "la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida", exigiéndose que dicha injerencia esté sometida al principio de legalidad y de proporcionalidad" (STC 85/1994).

Este derecho consagra (STC 114/1984), de modo implícito, la libertad de las comunicaciones, y expresamente su secreto, entendido como la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. Teniendo en cuenta que el término *secreto*, ex art. 18.3 CE, no sólo cubre el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores

#### **STC 34/1996**

La intimidad personal y familiar guarda un estrecho parentesco con el secreto de las comunicaciones, por ser una de sus manifestaciones fenoménicas.

o de los corresponsales. Aunque el propio TC ha advertido que "el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma".

### **STC 123/2002**

La protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo, cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada y con independencia del contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir –conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc. (STC 123/2002).

La propiedad de los medios de producción del empresario, como por ejemplo, el ordenador o el teléfono (móvil o fijo), no es un obstáculo para mantener que el trabajador ostenta el derecho al secreto de las comunicaciones, especialmente cuando se refiere a aspectos no directamente vinculados con la actividad laboral. Lo que no quita que pueda ser objeto de una modulación en función de las circunstancias.

Por consiguiente, si concurre una necesidad justificada, objetiva y razonable y no existiera otra medida más moderada, debe admitirse la posibilidad del empresario, por ejemplo, de controlar el e-mail del trabajador (aunque, quizás, lo más ajustado sería que se exigiera el respeto de las garantías previstas en el art. 18.3 CE, esto es, la autorización judicial). En cualquier caso, debería tenerse en cuenta los criterios previstos en las SSTs, 26 de septiembre del 2007 y 6 de octubre del 2011 y, especialmente, el nivel de tolerancia admitido por la empresa y la necesidad de apercibir al trabajador sobre la posibilidad de ser vigilado.

De hecho, en numerosas ocasiones, los tribunales han considerado que el uso indebido o abusivo del ordenador, así como del correo electrónico puesto a disposición de los trabajadores por parte de la empresa para el desempeño de trabajo, era suficiente como para justificar el despido.

En cambio, parece que la facultad de control del empresario es mayor si lo que pretende es monitorizar el navegador de Internet o los archivos o programas que pueda utilizar el trabajador, especialmente, porque en este supuesto, en principio, no se produce una comunicación interpersonal (quedando por tanto fuera del ámbito de protección del art. 18.3 CE). Lo que, por otra parte, no debería comportar un desconocimiento del respeto al derecho a la intimidad ni los criterios fijados por la jurisprudencia al respecto ni tampoco el derecho a la autodeterminación informativa.

Por otra parte, para la STS 5 de diciembre 2003, ha considerado que la grabación (aleatoria) de las conversaciones telefónicas mantenidas por el personal comercial de una empresa de telemarketing, a fin de controlar la técnica de venta por teléfono por parte de un supervisor, es una medida justificada y proporcional, en tanto que se ha preavisado adecuadamente al trabajador (y existen teléfonos no intervenidos para el uso privado de los trabajadores).

#### 4.4.6. El empresario, ¿está facultado para efectuar controles médicos a sus empleados?

Los trabajadores tienen derecho a reservar las informaciones relativas a la salud y a sus vicisitudes médico-sanitarias.

El TC, en este sentido, ha afirmado que de la intimidad personal forma parte la intimidad corporal, aunque conviene puntualizar que "no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona" (STC 196/2004).

##### Examen de orina

Por ejemplo, intervención circunscrita a un examen de orina realizado por personal médico, por la forma en que se ejecuta y por no exigir ningún tipo de actuación especial sobre el cuerpo no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo. De todos modos, es importante tener en cuenta que el hecho de que "no exista vulneración del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de exploración se ha obtenido" (STC 196/2004).

De todos modos conviene tener en cuenta que el trabajador –al igual que cualquier ciudadano– tiene derecho a la protección de la salud y a su integridad física (15, 40.2 y 43.1 CE). Y el empresario, por su parte, como organizador de la actividad productiva, es responsable de la seguridad y salud del trabajador en el centro de trabajo, responsabilizándose de los perjuicios que pudiera sufrir durante la ejecución de su prestación.

En este contexto, los trabajadores tienen reconocido el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud (arts. 19.1 TRLET y 14.1.1° Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales-LPRL), derecho que se corresponde con el deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1.2° LPRL). O, lo que es lo mismo, a fin de dar cumplimiento a este mandato, el empresario deberá llevar a cabo reconocimientos y controles médicos periódicos, con el objeto de constatar el estado de salud de sus empleados. Lo que, en paralelo, le exigirá adoptar ciertas cautelas a la hora de realizar las pruebas y controles médicos, y también en el tratamiento y uso confidencial y no discriminatorio de la información que obtenga de dichos controles.

La normativa laboral ha tratado de establecer unas pautas al respecto. Según el art. 22 LPRL:

##### La ciencia médica y la intimidad

El desarrollo científico (por ejemplo, en el campo de la genética) describe una muy seria amenaza para los derechos de intimidad y no discriminación.

En este sentido la doctrina laboral (Sagardoy Bengoechea, 2005) afirma que "la libertad contractual empresarial no puede llegar hasta el extremo de tener potestad de discriminar en virtud de algo tan aleatorio como son los rasgos genéticos de la persona. Los genes no son determinantes de la capacidad profesional requerida por el empleador para la prestación del trabajo".

##### STC 196/2004

El reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar.

- Los reconocimientos médicos son de **carácter voluntario**, salvo que sean necesarios para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, o por si éstas pueden ser un peligro para la salud de los trabajadores o de otras personas relacionadas, o cuando así lo establezca una disposición legal para riesgos específicos.

En todo caso, se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.

### Controles

Por ejemplo, puede calificarse como una medida proporcional que determinados trabajadores, como el personal sanitario, sean sometidos a ciertos controles médicos (por ejemplo, para detectar el virus del VIH), pues en el cometido de su trabajo pueden dar lugar a contagio. O bien, controles de alcoholemia en el sector del transporte.

- Debe respetarse, en todo caso, la dignidad e intimidad del trabajador. Por consiguiente, la realización de una prueba para la detección de determinadas patologías o para obtener cierta información (por ejemplo, el virus del VIH o posible consumo de estupefacientes) sin el conocimiento previo y la autorización del trabajador debe calificarse como atentatorio.
- Los resultados serán comunicados a los trabajadores afectados, sin que puedan facilitarse al empresario, o a otras personas, sin su consentimiento expreso.
- Los datos resultantes no podrán ser usados con fines discriminatorios, ni en perjuicio del trabajador.
- El empresario será informado de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo.

En virtud de todo ello, la STC 196/2004 entiende que la extinción del contrato de una trabajadora (personal de embarque de una aerolínea) motivada por el conocimiento por parte de la empresa del consumo de estupefacientes a raíz de un control médico, sin haber informado de la realización de dicho control ni solicitado su consentimiento, debe calificarse como lesivo de su derecho a la intimidad. En concreto, el TC afirma que "el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal".

En otro supuesto, la jurisprudencia ha admitido (STS, 22 de julio del 2005) el despido por ineptitud sobrevenida (art. 53.1 TRLET) de un vigilante de seguridad a partir del dictamen de la mutua que cubre el servicio de prevención de riesgos laborales en la empresa. La particularidad del caso es que esta extinción se produce sin que en la carta enviada al trabajador notificándole la decisión extintiva se precisara de forma detallada el alcance de la deficiencia física que padecía, porque en garantía de su derecho a la intimidad (art. 22.2 LPRL), los

#### Seguridad y salud de los trabajadores

La obligación del empresario de velar por la seguridad y salud laboral de los trabajadores se recoge en varios preceptos: arts. 4.2.d, 6, 19, 36, 64 TRET; arts. 115, 116, 123, 126.2, 133, 196 y 197 Ley General de Seguridad Social; y, sobre todo, la normativa contenida en la LPRL y el Reglamento que la desarrolla (Decreto 39/1997, 17 de enero).

#### La necesaria justificación del control médico

El deber del empresario de justificar la idoneidad del examen médico constituye el primer límite al empresario, erigiéndose en una manifestación del principio de proporcionalidad.

servicios médicos que la efectuaron no se lo detallaron a la empresa y, por consiguiente, lo desconocía. El Tribunal Supremo estima que esta comunicación al trabajador no menoscaba su derecho a defenderse contra la resolución, porque pudo conocer el resultado del reconocimiento, solicitándosele directamente a la mutua.

#### **4.4.7. El empresario, ¿está facultado para controlar la actividad extralaboral de sus trabajadores?**

Uno de los aspectos más conflictivos es el relativo a si el empresario puede extender su control al ámbito extralaboral (empleando, por ejemplo, detectives privados). Es decir, si puede monitorizar aspectos de la vida del trabajador que no guardan una estricta relación con la actividad laboral.

Piénsese, por ejemplo, el conflicto que se plantea en el caso de que el empresario, entendiéndose que puede repercutir directamente en el trabajo a desarrollar, trate de indagar ciertos aspectos personales del trabajador fuera del lugar de trabajo (por ejemplo, para saber si efectivamente padece una enfermedad que le imposibilita acudir al trabajo, o bien el nivel de abstentismo del trabajador).

Como punto de partida, debe entenderse que en virtud de la esfera de inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el empresario no está facultado para controlar los hechos referidos a las relaciones sociales y personales que carecen de trascendencia laboral, incluso aquellos que se producen durante el desarrollo de la actividad laboral (Goñi Sein, 1988).

De todos modos, los tribunales han admitido la posibilidad de que el empresario recurra a la figura de detectives privados, especialmente cuando la monitorización de la conducta del trabajador se desarrolle en lugares públicos y siempre que se empleen medios legítimos para la obtención de la información (STSJ Cataluña 11 de febrero 2004).

No obstante, la legitimidad de estas medidas de control está condicionada a las siguientes circunstancias (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006):

- Que exista sospecha fundada de un incumplimiento por parte del trabajador.
- Que el empresario no tenga otros medios eficaces para comprobar la veracidad del incumplimiento que sospecha.
- Que no se empleen para preconstituir la prueba.

#### **4.5. Derecho a la tutela judicial efectiva**

Para el TC, la salvaguarda de cualquier derecho fundamental incluye la defensa efectiva del trabajador frente a actos empresariales impeditivos o de represalia por el ejercicio de sus derechos fundamentales. La reacción del ordenamiento jurídico ante este tipo de comportamiento empresarial es la nulidad

radical de la medida empresarial. La garantía de indemnidad no es más que un mecanismo que impide consecuencias perjudiciales para el trabajador que ejercita derechos fundamentales (Rodríguez-Piñero, 2003).

#### **STC 55/2004**

La transgresión de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo, se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (STC 55/2004).

En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos.

Por consiguiente, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo –art. 24.1 CE y art. 4.2 g) TRET (STC 182/2005).

Por tanto, el despido de una trabajadora por falta de rendimiento tras haber pleiteado contra la empresa puede valorarse como una represalia y, por consiguiente, un atentado a la garantía de indemnidad (STC 125/2008; ver también, entre otras, SSTC 138/2006 y 38/2005). Y en términos similares, la extinción de un contrato temporal por la llegada del término y su falta de renovación como venía siendo habitual, junto con las denuncias ante la Inspección de Trabajo y el planteamiento de un conflicto colectivo, son indicios suficientes para entender que se ha producido una represalia por parte de la empresa por el ejercicio de los derechos que reconoce el art. 24.1 CE (STC 16/2006; ver también STC 144/2005). Y a la misma conclusión se llega cuando se produce la extinción de una beca de investigación tras haber pleiteado contra la Administración (STC 171/2005). Del mismo modo, la supresión de una mejora salarial poco después de que el trabajador haya efectuado una reclamación contra la empresa puede calificarse también como una represalia y, por ello, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva –en su vertiente de garantía de indemnidad (STC 120/2006).

#### **Tutela judicial efectiva y despido**

La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del artículo 5 c) del Convenio núm. 158 de la OIT.

## 5. Medidas de protección de los derechos fundamentales

El sistema de garantías de los derechos y libertades fundamentales está recogido en los arts. 53 a 56 CE (capítulos IV y V del título I). Aunque ya se ha apuntado con anterioridad, es importante recordar que la previsión de mecanismos de protección es una exigencia ineludible para la propia existencia de los mismos.

En la medida en que se trata de derechos fundamentales, se prevén un haz de garantías genéricas y jurisdiccionales.

En cuanto a las primeras, de un modo sintético, en virtud del apartado 1.º art. 53 CE, se trata de derechos de aplicación directa con eficacia vertical (ante los poderes públicos) y horizontal (ante los particulares). En paralelo, debe respetarse en todo caso su contenido esencial o indisponible y su desarrollo legislativo efectuarse a través de una ley orgánica.

### **Alcance de la reserva de ley orgánica:**

En la medida en que todas las normas tienen una repercusión en los derechos fundamentales, lo que la CE pretende es que se desarrollen por ley orgánica los elementos básicos que configuran las condiciones de ejercicio del derecho fundamental de que se trate.

El mandato del art. 81 CE no debe entenderse en un sentido amplio. El Tribunal Constitucional ha establecido que los términos "desarrollen" (81.1 CE) y "afecten" (86.1 CE) debe ser interpretado en un sentido restrictivo.

"Desarrollar": regulación básica de las condiciones de ejercicio de los derechos y aquello que atañe a su contenido esencial.

"Afectar": aquello que repercute efectivamente sobre el régimen de ejercicio o disfrute del derecho.

Y, en lo relativo a las garantías jurisdiccionales (agotada la vía jurisdiccional ordinaria), puede solicitarse el amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

Precisamente, en la vía jurisdiccional ordinaria, en virtud del apartado 2.º del art. 53 CE, se articula un cauce procesal preferente y sumario.

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha declarado (STC 247/2006) que "la Constitución protege los derechos fundamentales (...) no en sentido teórico o ideal, sino como derechos reales y efectivos (STC 176/1988). Así, los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en un acto meramente ritual o simbólico (STC 12/1994)".

Como manifestación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha entendido que "la denegación sin motivación razonable de cualquier indemnización a un trabajador que ha sufrido por parte de una Administración pública un comportamiento lesivo de su derecho de libertad sindical (...), limitando los efectos del procedimiento de tutela a la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido" (STC 247/2006).

En este sentido, conviene prestar especial atención a lo previsto en la legislación laboral, administrativa y penal.

### **5.1. Elección del sistema de protección judicial laboral**

El art. 53.2 CE establece que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo 2.º ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad".

Pues bien, en virtud de este mandato, los arts. 177 y ss. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS) regulan un proceso dedicado específicamente a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Es importante tener en cuenta que el uso de esta modalidad procesal es facultativa, por lo que, si se quiere, se puede emplear el proceso de cognición ordinario (STC 90/1997).

Las principales ventajas del procedimiento previsto en los arts. 177 y ss LRJS son las siguientes:

- En el caso de que el trabajador solicite la tutela de los derechos de la libertad sindical, el sindicato al que pertenece o aquellos sindicatos que ostenten la condición de más representativos también pueden personarse como coadyuvantes (art. 177.2 LRJS).
- El Ministerio Fiscal es siempre parte de estos procesos (art. 177.3 LRJS).
- Siguiendo con el mandato del art. 53.2 CE, se trata de un procedimiento preferente.

#### **Art. 179.1 LRJS**

Art. 179.1 LRJS "la tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal. Los recursos que se interpongan se resolverán por el tribunal con igual preferencia".

- Se trata de un proceso sumario. En consecuencia:

- El objeto del proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del contenido esencial del derecho fundamental (sumariedad cualitativa).
- El proceso está sujeto a unos plazos más cortos y desprovisto de determinados requisitos y trámites (arts. 181, 64 y 70 LRJS).
- Según el art. 180.1 LRJS, si el interés afectado tiene una trascendencia colectiva, en la demanda se puede solicitar la suspensión judicial de los efectos del acto que se ha impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia.
- En lo que a la actividad probatoria se refiere, también se prevé una particularidad, pues la prueba del demandante es una prueba de presunciones (art. 181.2 LRJS) –aspecto sobre el que nos detendremos con más detalle, con posterioridad.
- El órgano que resuelva está obligado a declarar la existencia o no de la vulneración denunciada (art. 182.1 LRJS). Debe, por tanto, pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Si se aprecia la existencia de la vulneración denunciada, previa la declaración de nulidad radical de la conducta, la sentencia debe ordenar el cese inmediato del comportamiento contrario al derecho fundamental y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera (arts. 182.1 y 183 LRJS).

#### STC 105/1997

La sentencia que estime la violación del derecho fundamental debe ser inmediatamente ejecutiva aunque se interponga recurso contra ella (STC 105/1997).

## 5.2. El despido radicalmente nulo

Al Tribunal Constitucional debe atribuirse la creación de la **teoría del despido radicalmente nulo** (STC 38/1981).

Sin voluntad de reiterar lo ya apuntado con anterioridad, esta teoría consiste en la obligatoria readmisión de los trabajadores que hayan sido despedidos por motivos discriminatorios, o bien que atenten contra los derechos fundamentales.

Sin olvidar que, a raíz de la acción legislativa de los últimos años (Ley 39/1999, 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras; la Ley 62/2003, 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; la Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; y la Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres), esta regla se ha extendido al ejercicio de determinados derechos reconocidos a los trabajadores para conciliar la vida familiar y laboral y en relación con la protección de la violencia de género. En estos casos, si el empresario no es capaz de demostrar la concurrencia del motivo extintivo alegado, el despido será declarado nulo, debiendo readmitir consiguientemente al trabajador (no cabe la elección entre la readmisión y la indemnización, como sucede en las extinciones calificadas como improcedentes).

Como medida de protección de extraordinaria relevancia, pues introduce un poderoso elemento disuasivo frente a potenciales conductas lesivas, los arts. 182.1d) y 183 LRJS reconocen a los trabajadores el derecho a solicitar una indemnización por los daños sufridos.

Regla que debe complementarse con lo previsto en el art. 183 LRJS:

1) Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2) El Tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3) Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los trabajadores y demás normas laborales.

4) Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal, no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquella o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

### 5.3. La prueba indiciaria

La STC 38/1981 también es la creadora de una importante medida de protección de los derechos fundamentales: **la regla de la inversión de la carga de la prueba**. Como hemos analizado con anterioridad, si el trabajador alega la existencia de una discriminación, mostrando indicios racionales de su existencia, corresponde al empresario desvirtuar que su proceder fue contrario al art. 14 CE.

El funcionamiento de dicha regla es el siguiente:

- En primer lugar, el trabajador debe probar la existencia de un indicio discriminatorio. Y, para ello, no basta la mera afirmación de discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una apariencia de aquella discriminación o lesión.  
Por consiguiente, el trabajador debe acreditar la existencia de indicios que establezcan razonablemente la probabilidad de lesión alegada. Por tanto, no le basta con alegar sin más la discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que tiene un deber probatorio de tales indicios. Por ello, debe aportar algún elemento que induzca al órgano judicial a una creencia racional sobre su probabilidad (entre otras, STC 21/1992).
- El empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable su decisión, permitiendo elimi-

nar cualquier sospecha o presunción contraria a su legitimidad deducible claramente de las circunstancias (entre otras, STC 90/1997).

De todos modos, no se trata de situar al empresario ante lo que se conoce como "prueba diabólica de un hecho negativo", como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (entre otras, STC 29/2000), sino de que a éste corresponde probar, sin que le baste el intentarlo (STC 114/1989), que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y que tales causas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (STC 74/1998).

#### **5.4. La responsabilidad administrativa y penal del empresario**

Si el empresario lleva a cabo una conducta vulneradora de un derecho o libertad fundamental, además de la responsabilidad contractual, también puede incurrir en una infracción administrativa, sancionable por la Administración, o bien en una responsabilidad penal.

En efecto, en virtud de lo previsto en el Decreto Legislativo 5/2000, 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, LISOS), el empresario puede ser declarado responsable de una infracción muy grave desde un punto de vista administrativo y ser sancionado a una multa económica (hasta un máximo de 187.515 € –art. 40 LISOS), o a sanciones de carácter accesorio (pérdida de ayudas, bonificaciones y beneficios públicos, etc.) –art. 46 LISOS.

En paralelo, el empresario también puede incurrir en responsabilidad penal, bien, porque haya cometido un delito contra los derechos de los trabajadores (tipificados en el art. 316 Código Penal –en adelante, CP); o bien, porque haya cometido un delito de lesiones (arts. 147 y ss. CP), amenazas (arts. 169 y ss. CP), coacciones (arts. 172 y ss. CP), contra la integridad moral (art. 173 CP), o bien, contra la intimidad (art. 197 CP) de sus trabajadores.

## Resumen

A lo largo de la exposición se ha tratado de poner de manifiesto que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no sólo están concebidos para la defensa frente a las agresiones del Estado, esto es, verticalmente, sino que también vinculan a los ciudadanos en sus relaciones jurídico-privadas, esto es, horizontalmente.

Las relaciones derivadas del contrato de trabajo describen un espacio propicio para que afloren este tipo de conflictos y un ámbito en el que los derechos de los trabajadores se encuentran ciertamente amenazados. Riesgo que se ha visto incrementando exponencialmente a medida que se ha ido generalizando el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones productivas.

Aunque el mandato constitucional impide que el trabajador se desprenda de sus derechos fundamentales al cruzar la puerta de la fábrica (debiéndose declarar "la ciudadanía del trabajador en la empresa"), también es cierto que la propia dinámica contractual no permite que tales derechos se proclamen con carácter universal, pues también se ven comprometidos otros bienes constitucionalmente reconocidos. O, lo que es lo mismo, los derechos fundamentales deben aplicarse matizadamente en el derecho contractual (pueden ser objeto de modalización).

En definitiva, las particularidades de la relación laboral, caracterizada por la dependencia, evidencian que éste es un ámbito que, potencial o efectivamente, puede comportar importantes limitaciones para el ejercicio de numerosos derechos y libertades fundamentales.

En paralelo con el reconocimiento de los "tradicionales" derechos fundamentales laborales (específicos), el impacto de los no estrictamente laborales (inespecíficos) en el contrato de trabajo ha sido extraordinario. Hasta el extremo de que la doctrina del Tribunal Constitucional, construida a partir de normas o supuestos propios del ámbito laboral, ha sido aplicada a ámbitos no laborales. Motivo por el que se afirma que se ha producido una "laboralización de la Constitución".

Ante la existencia de una cierta "orfandad legislativa", la necesidad de buscar el equilibrio o ponderación entre los intereses en conflicto se ha erigido en el mecanismo más eficiente para solventar las controversias entre el ejercicio de las facultades empresariales y los derechos y libertades de los trabajadores. En efecto, el recurso a los juicios de razonabilidad, dirigidos a evaluar las razones de necesidad alegadas por la empresa, y el análisis de la proporcionalidad de la limitación de los derechos describen una poderosa matriz analítica en ma-

nos de los órganos judiciales (debiéndose destacar el papel trascendental que ha jugado la jurisprudencia constitucional al respecto). Lo que, en paralelo, también pone de manifiesto las limitaciones del modelo, pues, los conflictos sólo pueden esclarecerse desde una aproximación puramente casuística, dificultando la extracción de soluciones de carácter general.

En fin, el reconocimiento y la aplicación de los derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo se han erigido en un instrumento imprescindible para proclamar la humanización del trabajo, la libertad de los trabajadores y su autorrealización como ciudadanos.



## Abreviaturas

**Art.** Artículo

**ASAC** Acuerdo Estatal de Solución Autónoma de Conflictos Laborales

**ATC** Auto Tribunal Constitucional

**CE** Constitución española de 1978

**LAS** Ley 19/1977, de 1 de abril, Reguladora del Derecho de Asociación Sindical

**LETT** Ley 14/1994, de 1 de junio, Reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal

**LOLS** Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

**LRJS** Ley 36/2011, 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social

**LPRL** Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

**OIT** Organización Internacional del Trabajo

**SAN** Sentencia de la Audiencia Nacional

**STC** Sentencia del Tribunal Constitucional

**STS** Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social)

**STS\C-A** Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

**STSJ** Sentencia Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social)

**STSJ\C-A** Sentencia Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

**LISOS** Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

**TRLET** Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

**RDLRT** Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo

**TC** Tribunal Constitucional

## Bibliografía

**Agra Viforcós, B.** (2006). "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo". *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* (núm. 275).

**Alarcón Caracuel, M. R.** (1992). "Estado Social y derecho del trabajo". *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991*. Madrid: Marcial Pons.

**Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, M. E.** (2003). *Derecho del trabajo*. Madrid: Civitas.

**Álvarez Alonso, D.** (2003). "Las libertades de información y expresión en el ámbito de la empresa". *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* (núm. 245-246).

**Aparicio Tovar, J.** (1992). "Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador". *Autoridad y Democracia en la empresa* (Dir. Baylos & Aparicio) Madrid: Trotta.

**Arias Domínguez, A.; Rubio Sánchez, F.** (2006). "El derecho de los trabajadores a la intimidad". *Cuadernos de Aranzadi Social* (núm. 26).

**Blat Gimeno, F. R.** (1986). *Relaciones Laborales en Empresas Ideológicas*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

**Casas Baamonde, M. E.** (2000). "Evolución constitucional y derecho del trabajo". *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales* (Dir. Pedrajas Moreno). Valladolid: Lex Nova.

**Casas Baamonde, M. E.** (2010). "25 años de jurisprudencia constitucional social: Huelga en servicios esenciales y responsabilidad política". *Relaciones Laborales* (núm. 23, versión digital La Ley 15178/2010).

**Cruz Villalón, J.** (2010). "25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas". *Relaciones Laborales* (núm. 23, versión digital La Ley 15175/2010).

**Díez-Picazo Giménez, L. M.** (2003). "Las libertades de conciencia en el ordenamiento español". *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (núm. 2).

**Durán López, F.** (1977). "La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal". *Revista de Política Social* (núm. 115).

**Durán López, F.** (1992). *Jurisprudencia constitucional y Derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

**Durán López, F.** (2010). "Huelga y servicios esenciales". *Relaciones Laborales* (núm. 2, versión digital La Ley 168/2010).

**Fernández López, M. F.** (1992). "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional". *Autoridad y Democracia en la empresa* (Dir. Baylos & Aparicio). Madrid: Trotta.

**García Murcia, J.** (2003). "Los 'usos laborales' de las libertades de expresión e información". *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Fernando Suárez González*. Madrid: La Ley.

**García Murcia, J.** (2009). "Los derechos colectivos del trabajador autónomo". *Actualidad Laboral* (núm. 8, versión digital La Ley 11450/2009).

**Gil y Gil, J. L.** (2003). "El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador". *Aranzadi Social* (núm. 13).

**Goñi Sein, J. L.** (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas.

**Hidalgo Rúa, G. M.** (1997). "La libertad ideológica del trabajador". *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* (núm. 168).

**Martínez Rocamora, L. G.** (1998). *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Barcelona: Cedecs.

**Marzal Fuentes, A.** (Ed.). (2005). *La huelga hoy en el Derecho social comparado*. Barcelona; J. M. Bosch Editor y ESADE – Facultad de Derecho.

- Matía Prim, J.** (1996). *El abuso del derecho de huelga*. Madrid: CES.
- Menéndez Sebastián, P.** (1999). "Libertad sindical y Libertad Ideológica". *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (vol. 3).
- Molina Navarrete, C.** (2004). "Del 'principio' al 'derecho' a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria". *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* (núm. 251).
- Monereo Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A.** (2008). "La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (núm. 73).
- Ojeda Avilés, A.** (1995). *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos.
- Ojeda Avilés, A.; Igartua Miró, M. T.** (2008). "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (núm. 73).
- Palomeque López, M. C.** (1991). *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: CEC.
- Pico Lorenzo, C.** (2010). "La necesidad de la motivación administrativa en la fijación de los servicios mínimos en los servicios calificados como esenciales de la comunidad". *Diario La Ley* (núm. 7496, versión digital La Ley 13574/2010).
- Purcalla Bonilla, M. A.** (2004). "Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)". *Aranzadi Social* (núm. 10).
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.** (1992). "Justicia Constitucional y derecho del trabajo". *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.** (2003). "Derechos fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo". *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. Madrid: MTAS.
- Rodríguez-Piñero; Bravo-Ferrer, M.** (2004). "Intimidad del trabajador y contrato de trabajo". *Relaciones Laborales* (tomo I).
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Rodríguez-Piñero Royo, M.** (2009). "Libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y derecho de huelga en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Relaciones Laborales* (núm. 23, versión digital La Ley 20684/2009).
- Sagardoy Bengoechea, J. A.** (2005). *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Madrid: Civitas.
- Sala Franco, T.; Albiol Montesinos, I.** (2000). *Derecho sindical*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- San Martín Mazzucconi, C.; Sempere Navarro, A. V.** (junio, 2012). "Sobre el control empresarial de los ordenadores". *Aranzadi Social* (vol. 5, núm. 3).
- Sempere Navarro, A. V.; San Martín Mazzucconi, C.** (2004). "Escuchas telefónicas a teleoperadoras". *Repertorio de Jurisprudencia* (núm. 4).
- San Martín Mazzucconi, C.** (2004). "La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (núm. 54).
- Simón, H. J.** (2003). "Qué determina la afiliación de los sindicatos en España?". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (núm. 41).
- Tárrega Poveda, J.** (2002). *El Sindicato Empresario Laboral y Mercantil*. Madrid: CES.
- Tascón López, R.** (2007). "El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica". *Aranzadi Social* (núm. 17).
- Vega López, J.** (2003). "El arbitraje 'obligatorio' que pone fin a una huelga". *Temas Laborales* (núm. 70).

